RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

No.6
Julio-Diciembre
2019

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del alumno fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.



RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 6
Julio-Diciembre 2019

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

QUITO, ECUADOR

2019

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Diagramadoras: Ing. Mariana Lozada Mondragón e Ing. Amparo Álvarez Meythaler (docentes titulares de la FADA-PUCE), Edwin Javier Lamiña Singo (diagramador).

Colaboradores
Dr. Efrén Guerrero Salgado, PhD. Docente titular principal de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dr. David Cordero Heredia, DJs. Docente titular agregado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dr. Mario Melo Cevallos, MA. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dr. Salim Zaidán Albuja, Mgtr. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dra. Gilda Guerrero Salgado, Mgtr. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dra. Ivette Haboud Bumachar. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dr. Roque Farto Benavides. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dra. Ivonne Liliana Patarroyo, LLM. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador).
Dr. Gonzalo Lascano Báez, LLM. Docente titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec



Quito, Ecuador, 2019
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR



Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 6
Julio-Diciembre 2019

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Íñigo Salvador Crespo y el Dr. Efrén Guerrero Salgado, ex decanos de la Facultad de Jurisprudencia, quienes, durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A ellos debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. La RFJ se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta editorial de la RFJse encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los documentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección Revista RFJ



A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como *alma mater* del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Leticia Pérez Ricaurte, Diego Orellana Sánchez, Verónica Guerrero Pazmiño Mariana Lozada Mondragón, Amparo Álvarez Meythaler y Edwin Javier Lamiña Singo.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Asimismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia

contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Mario Melo Cevallos
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

El Derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño

The right to live in a family and the subsidiarity of adoption in the light of the best interests of the childs

Mg. Alejandra Illanes Valdés
Profesora de Derecho Civil y de Derecho de la Infancia en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 37-69, ISSN 2588-0837

RESUMEN: los índices de adopción en Chile, en relación al número de niños ubicados en sistemas de cuidados alternativos, resulta considerablemente bajo. Si bien existen una multiplicidad de factores que motivan la situación anterior, uno que estimamos de particular relevancia, se vincula a una errada interpretación del principio de subsidiaridad de la adopción; en función de la cual, se privilegia el derecho de los padres, por sobre el derecho de los niños a vivir y criarse en el el seno de una familia, lo que estimamos contraviene su interés superior. El objetivo del presente artículo es analizar el derecho del niño a vivir en familia y el principio de subsidiaridad de la adopción, a la luz del interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: subsidiaridad de la adopción, derechos del niño, interés superior del niño, familia, padres.

ABSTRACT: adoption rates in Chile, in relation to the number of children placed in alternative care systems, are considerably low. Although there are a multiplicity of factors that motivate the previous situation, one that we consider of particular relevance, is linked to a mistaken interpretation of the principle of subsidiarity of adoption; according to which, the right of the parents is privileged, over the right of the children to live and be raised in the bosom of a family, which we consider to be in contravention of their superior interest. The objective of this article is to analyze the child's right to live in a family and the principle of subsidiarity of adoption, in the light of the best interests of the child.

KEY WORDS: subsidiarity of adoption, rights of the child, best interests of the child, family, parents.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la cifras contenidas en el Anuario Estadístico del Servicio Nacional de Menores de Chile (SENAME), en el año 2017, de los 18.448 niños ubicados en sistema de cuidados alternativos, esto es, sin cuidados parentales y bajo el cuidado del Estado, sólo 428 fueron adoptados.

La referida cifra, considerando las altas tasas de retención del sistema proteccional, es, a juicio de los expertos, preocupantemente baja, pues implica que para muchos niños las medidas de cuidados alternativos, teóricamente excepcionales y temporales, al fracasar los intentos de reunificación familiar, terminan transformándose en una forma de vida: una vida sin familia.

Si bien el fenómeno anotado puede obedecer a un sin número de causas, a la luz de los estudios y de la jurisprudencia más reciente, los bajos índices que registra la adopción, se vincula a lo que, estimamos, representa una lectura y aplicación errada del principio de subsidiaridad de la adopción, conforme al cual, el derecho preferente del niño a vivir y ser cuidado por sus padres, pasa a transformarse en un obstáculo del derecho fundamental que le asiste a vivir en una familia.

En efecto, tal como lo pone de manifiesto la CDN, el niño tiene derecho a la familia, derecho que, como integrante de su interés superior, prevalece respecto del que pudieren invocar sus padres a cuidarlo; de ahí entonces que, los Estados deben garantizar, para el caso que no fuere posible satisfacer el derecho en cuestión en el seno de la familia de origen, otorgar otra solución permanente, como es en nuestro medio, la adopción.

El problema es que, con los tiempos, los medios y los criterios utilizados a la hora de restituir el referido derecho, según veremos, seguimos fallando a miles de niños que, en un gran número, pierden su infancia esperando una familia.

El objetivo del artículo es reflexionar respecto del alcance que debemos dar al principio de subsidiaridad de la adopción, habida consideración

del rol que está llamado a cumplir esta institución, como instrumento de restitución del derecho del niño a vivir en familia.

Para los efectos de realizar la reflexión anotada, nos referiremos en primer término al derecho a vivir en familia, para luego dar paso al análisis del principio de subsidiaridad; observando a estos respectos la existencia de ciertos nudos críticos que debemos superar, en vista del interés superior del niño.

1. LA FAMILIA COMO DERECHO

1.1. La familia como derecho del niño

La trascendencia jurídica que los ordenamientos le otorgan a la familia se constata desde el momento que la elevan a la categoría de derecho. No se trata de que la familia sea algo simplemente bueno, deseable o conveniente para las personas, se trata de un derecho humano[1].

A pesar de que no pueda atribuirse a la Convención Sobre los Derechos del Niño[2] (en adelante, CDN) la caracterización anotada, se trata de un instrumento que pone de manifiesto que es un derecho del niño; que el niño es tiene derecho a vivir en familia, tal como indica el preámbulo de la Convención, "*para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad*", pues se estima que ella es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños.

Se trata de un derecho que, aunque formalmente no tiene reconocida una mayor jerarquía o rango respecto de los demás, es posible estimar que lo tiene, en tanto otorga un entorno de protección para la vigencia de los demás derechos. En efecto, en la medida que el niño

1 El derecho internacional de los derechos humanos pone de relevancia el rol de la familia. En este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.1 establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". El artículo VI de la Declaración Americana señala a su turno que, "Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".

2 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

tenga un nivel de vida adecuado, existen mayores garantías de que esos otros derechos también se respeten.

Tal como nos recuerda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "*El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza*" (CIDH, 2013).

2. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

El derecho a vivir en familia, al igual que tantos otros derechos humanos, tiene o presenta un contenido complejo, pues si bien se vincula primeramente al derecho del niño a vivir y ser cuidado por los padres, aquél puede derivar en obligaciones para el Estado, precisamente ante la ausencia de ese elemento primario; obligación que comienza con el apoyo a la familia de origen, con el objeto de que pueda cumplir su rol, puede continuar con la necesidad de hacerse cargo del niño que ha debido ser separado de sus padres y terminará decantando, en el supuesto anotado, en una obligación de restituir el derecho del niño a vivir en familia.

a) Derecho a vivir y ser cuidado por los padres. – Tanto desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos como desde nuestro propio derecho interno, el derecho a vivir en familia se vincula en primer término con el derecho del niño a vivir y ser cuidado por los padres.

El artículo 7 de la CDN señala que: "*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*".

El artículo 18 agrega en su inciso primero que:

> Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En el plano interno, el Código Civil en sus artículos 224 y 225 radica el cuidado de los hijos en sus padres, poniendo de manifiesto en el artículo 226 que éste sólo pasará a terceros ante la inhabilidad física o moral de ambos; evidenciando con ello que, por amplia que pueda ser la noción de familia, deberá observarse cierta jerarquía a la hora de buscar la satisfacción adecuada de este derecho.

La jerarquía o el privilegio que tienen los padres en este ámbito, en lo que respecta al cuidado de sus hijos, surge, como expresa Nicolás Espejo: "como corolario fundamental de un supuesto esencial de una sociedad liberal: la sociedad confía en que ciertos sujetos (los padres) están mejor situados y cumplirán debidamente con las funciones de cuidado, guía y orientación de sus hijos"; postulando que, a su turno, aparece fundado en la denominada "Regla de Optimismo" o la presunción de que los padres tratan a sus hijos de manera adecuada.

Basados en la confianza o presunción anotada, es que los Estados deben, en principio, abstenerse de interferir en las relaciones paterno filiales[3].

En este sentido, el artículo 5 de la CDN dispone que:

> Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"[4].

---

3 La afirmación anotada encuentra su fundamento en el principio de intervención mínima del Estado, principio conforme al cual, el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia familia, sino en casos urgentes y graves.

Precisando aún más la posición del Estado en este ámbito, los profesores Ruperto Pinochet e Isaac Ravetllat, sostienen que: "La actuación protectora de los poderes públicos- sea por vía administrativa o judicial-se guía por el principio de subsidiaridad progresiva, esto es el alcance e intensidad de la intervención del Estado vendrá condicionada por el grado de desatención o desprotección que sufra la persona menor de edad en el seno de su familia".

4 En el mismo sentido, pero referido específicamente al derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión el artículo 14.2 de la CDN dispone que,

Pero la posición de "privilegio" que tienen los padres respecto de sus hijos, susceptible de ser invocada no sólo frente al Estado, sino que, frente a cualquier tercero, cede ante la inhabilidad, incapacidad o negligencia de aquellos en el ejercicio de su funciones parentales, al punto que el mismo Estado, que en principio debía abstenerse, está llamado a intervenir en la posición de garante del interés superior del niño que la misma CDN le atribuye[5].

La posición del Estado recién anotada, que conlleva originalmente un deber de abstención, pero que puede devenir en un deber de actuación en las hipótesis antes mencionadas, ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), la cual a estos respectos ha sostenido:

> Así puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña o del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familia (CIDH, 2013).

La explicación ante la situación descrita es simple: La obligación de satisfacer el interés superior del niño (en adelante, ISN), tal como lo pone de manifiesto la CDN en su artículo tercero, obliga a todos, primeramente, a los padres, pero subsidiariamente al Estado, por lo que

---

"*Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades*".

5 Se sostiene sobre el particular, que la postmodernidad jurídica revela existencia de dos procesos típicos que marchan paralelos y que son aparentemente contradictorios: "Ellos son, por una parte, el fenómeno caracterizado por la tendencia a la privacidad de los asuntos familiares; que, en resumidas cuentas, es el ocaso del autoritarismo y la elevación a primer plano del pluralismo y el libre juego de la autonomía personal. Sin embargo, por otra parte, se verifica otro proceso; cual es el de mayor control de los poderes públicos en el área selectiva de la defensa y protección de los niños".

resulta jurídicamente exigible que, frente al incumplimiento de los primeros, se actualice la obligación del aparato estatal.

Tal como se sostiene, resulta "inadmisible que se declaren líricamente los derechos de los niños sin tomar los recaudos que el caso exija para asegurar su efectividad, habida en cuenta que el Estado es el *garante* para que ellos tengan un real cumplimiento" (Mizrahl, 2015, p. 252). De ahí entonces que resulte necesario que, "ante el respeto de las atribuciones de los padres de marcar lineamientos por los cuales transitarán la educación y formación de los hijos, se impone también la imperiosa necesidad de que no se vulneren los derechos y garantías de los que éstos son titulares".

b) Derecho a que el Estado apoye el cuidado de los padres y otros familiares. – Uno de los aportes efectuados por la CDN al estatuto jurídico de la infancia ha sido la revalorización de la familia como entorno natural y de protección de sus niños; lo que marca un punto de quiebre importante respecto a la posición otorgada a ésta en las legislaciones anteriores al citado Tratado.

La consideración anterior amplía las obligaciones que deben asumir los Estados ante vulneración o riesgo de vulneración de derechos de los niños bajo el cuidado de sus padres, pues, en este contexto, la primera obligación que les corresponde asumir es apoyar a la familia en el cumplimiento de su rol.

Dispone a estos respectos el artículo 18.2 de la CDN:

> A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

El artículo 19 agrega:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un re-

> presentante legal o a cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

En este sentido apunta la doctrina más difundida al señalar:

> Si lo más recomendable para el desarrollo de un niño es vivir integrado en una familia, y jurídicamente está reconocida la prioridad para cuidar del hijo de quienes le dieron la vida, el cuidado fuera de la familia debe ser subsidiario, de forma que, antes de decidir la separación de los niños de sus padres, es necesario asegurarse de que ninguna ayuda (económica, social, moral) o terapia (psicológica, médica) puede permitir a la madre, al padre o a la familia extensa volver a, o seguir haciéndose cargo del niño, y responder adecuadamente a sus necesidades materiales, psicológicas y afectiva.

El predicamento anterior es recogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual entiende que es prioritario:

> Fortalecer las capacidades de las familias de cuidar y criar a sus hijos a través de la elaboración de programas y de la prestación de servicios adecuados, principalmente en el marco de los Sistemas Nacionales de promoción y Protección de los Derechos del Niño, con particular atención en aquellas familias que se encuentren en especial condición de vulnerabilidad en el goce de sus derechos (CIDH, 2013).

Así lo ha reconocido también la Corte IDH, señalando que:

> El derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino que también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (CIDH, 2013).

Similar reconocimiento encontramos, en el plano interno, en la Política Nacional de Infancia 2015-2025, a propósito de lo que se denomina *Enfoque Curso de Vida*, en el cual destaca el rol primordial que le corres-

ponde a la familia en su rol de crianza y generación de las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de cada niño, niña o adolescente y del grupo familiar; a propósito de lo cual entiende que “existe una interpelación a la sociedad y el Estado en cuanto a establecer acciones de apoyo a la familia”(Política Nacional de Infancias, 2016, p. 59).

En línea de principios, señala el texto antes citado que:

> La protección del derecho del niño, niña o adolescente a la convivencia familiar no puede limitarse a evitar la separación con la familia, sino que debe constituirse en una línea estratégica de apoyo a las familias para ejercer su rol de protección que conlleve mecanismos administrativos para que resguarden y promuevan la calidad de vida familiar.

Las consideraciones anteriores, se plasman en la fijación, como área estratégica: del apoyo de la familia por medio de distintas medidas destinadas a “reconocer, valorar y resguardar dicho espacio”, muy especialmente para el caso de aquellas que presentan dificultades para ejercer su rol de cuidado y crianza (Política Nacional de Infancias, 2016, p. 83).

c) Derecho a no ser separado de su familia, salvo que su permanencia en ella sea contraria a su interés superior. – Consecuente con la preferencia otorgada a la familia, en especial a los padres, en el cuidado y crianza del niño, el artículo 9 de la CDN establece que:

> Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.
>
> Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Sobre este particular se sostiene que:

> El criterio primario por el cual los niños deben permanecer con sus padres y ser cuidados por ellos, pierde vigencia y aplicabilidad en los casos en lo que su interés aconseje lo contrario, es decir, los supuestos en los que el niño no esté siendo atendido por su familia, y las ayudas posibles no sean suficientes para que ésta pueda satisfacer adecuadamente las necesidades del menor en un plazo razonable. Y es que el cuidado parental pierde su sentido si la familia "cuidadora" no es capaz de proporcionar al niño aquello que éste necesita para crecer y desarrollarse[6].

El predicamento contenido en la CDN, esto es, que la separación de los niños con sus padres es una situación excepcional, se encuentra reconocida a su turno en el derecho chileno, en materia de protección especial, tanto en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, como en la Ley de Menores.

En efecto, la Ley 19.968 en el contexto del procedimiento especial de medidas de protección establece una suerte de principio orientador en el artículo 74, disponiendo que la medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres sólo procederá:

> Cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en

---

6 Gomez Bengoechea, B. y Berastegui Pedro-Viejo, A. (2009, p. 186) agregan: "La propia Declaración de Derechos del Niño de Naciones Unidas, después de reconocer que los niños necesitan amor y comprensión para el pleno desarrollo de su personalidad, antepone su crecimiento en un ambiente de afecto y seguridad moral y material a la permanencia bajo el cuidado de sus padres. Así, el artículo 6 de la Declaración dice textualmente que: 'El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material". Agregan, La prioridad de la satisfacción de las necesidades del niño sobre el cuidado parental parece claramente deducible de la expresión "en todo caso', que nos lleva a pensar que los niños vivirán con su familia siempre que sea posible, pero que, vivan con su familia o no, deben tener siempre garantizado, por encima de todo lo demás, el crecimiento en ámbito afectuoso y seguro".

defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada.

El artículo 30 de la Ley de Menores, ya en lo relativo a las medidas que pueden adoptarse en sede proteccional en favor de los niños gravemente vulnerados en sus derechos, dispone a propósito de la separación de un niño de sus padres que, sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado. Agregando que, esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses.

En la hipótesis en comento, esto es, cuando ha existido una grave vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente (NNA) y es necesario separarlos del cuidado de sus padres, la CDN pone de cargo de los Estados el deber de protección y asistencia especial. Así lo establece la CDN en su artículo 20: "*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado*".

d) Derecho a tener cuidados alternativos, en lo posible de tipo familiar. – Si bien en el artículo 20 la CDN antes citado establece la obligación genérica de los Estados de otorgar protección y asistencia especial a los niños en el contexto de vulneración descrito, no precisa las condiciones bajo las cuales ha de verificarse la separación de un niño de sus padres, ni las modalidades de cuidado que habrán de aplicarse.

En el contexto anotado es que cobran protagonismo las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, aprobadas en virtud de Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/142, de 24 de febrero de 2010, cuyo objeto, tal como se indica en su texto, es: "*promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y bienestar de los niños privados de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación*".

El citado instrumento reafirma la idea de que las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia son medidas de carácter excepcional, una vez agotadas todas las posibilidades de apoyo a la familia, y siempre que constituyan un modo obje-

tivo y razonado la mejor opción para el interés superior del niño y la protección de sus derechos[7].

Agrega la consideración que, mediante el acogimiento alternativo se busca garantizar la protección y la seguridad del niño de modo temporal; todo esto, para el cumplimiento de un objetivo final consistente en superar las circunstancias que dieron lugar a la separación, y promover la reintegración del niño a su familia y, siempre que no fuere posible, encontrar otra solución permanente para el niño.

Finalmente, postula que las modalidades alternativas deben adoptarse además por el menor tiempo posible; esto, porque la medida de separación es en sí misma una vulneración de un derecho que reclama su pronta restitución, a fin de evitar daños que podrían ser irreversibles e irreparables[8].

---

7 Sobre este particular agrega la Directriz N°14: "*La pobreza económica o material, o las condiciones imputables exclusivamente a esa pobreza, no deberían nunca constituir la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado*". A pesar de lo anterior, no podemos dejar de considerar lo que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en el sentido que: "En lo relativo a las causas que usualmente dan lugar a la separación de los niños de las familias, la Comisión ha identificado que entre las mismas se encuentran: la pobreza o las limitaciones materiales de las familias pertenecientes a sectores sociales excluidos; la violencia en el hogar; la renuncia a la guarda y el abandono.) La Comisión ha constatado que en la práctica la pobreza sigue siendo el gran telón de fondo de las situaciones en que se separa a un niño de su familia y se lo ingresa a una institución residencial de acogida". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. (n. 3), p. 2.

8 En efecto, tal como se pone de manifiesto en el plan intersectorial para la transición desde el acogimiento residencial hacia un sistema de protección especializado de base familiar y comunitaria, "La solución legal implicada en la medida de protección y posterior internación del niño o niña, frente al problema del maltrato grave y/o negligencia, trae aparejada una problemática fundamental para la experiencia psíquica de cualquier niño o niña: la ruptura, ejercida a través de un tercero, de los primeros vínculos con los adultos que lo tenían bajo su cuidado. Desde esta perspectiva, un niño que ingresa a una residencia de protección queda expuesto a la pérdida de sus vínculos tempranos como efecto de la medida de protección (Jones, 2004; Mulheir, 2012; Morales, 2014),

Lo dicho anteriormente, se plasma en la directriz N°13, la cual consigna precisamente las características antes destacadas: "*La separación del niño de su propia familia debería considerase como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible*".

Dejamos sentadas entonces las características de la medida de separación: excepcionalidad y temporalidad.

Fijado lo anterior, lo que corresponde será determinar el sistema de acogimiento alternativo que se aplicará en cada caso; lo que implica buscar la opción más idónea conforme las circunstancias lo exijan[9].

---

9 La Directriz N°56 pone de manifiesto la necesidad de que la modalidad de cuidado que se adopte debe establecerse en función del ISN, lo que implica descartar la aplicación de soluciones estándar que no se hagan cargo de las particularidades del sujeto al cual se va a aplicar la medida de protección. En este sentido dispone: "*La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo de empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar a mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones*".

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 54/13 relativo al derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo, ha sostenido: De acuerdo a las exigencias que se derivan del artículo 11.2 de la Convención y V de la Declaración, debe ser posible verificar en todo momento la idoneidad y legitimidad de las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores y de su familia biológica. Tanto la decisión sobre la aplicación de una medida de esta naturaleza, como la revisión de la misma, deberán satisfacer los requisitos de legitimidad e idoneidad y, por tanto, estar fundadas en criterios objetivos previamente establecidos por la norma, realizarse por personal técnico especializado y capacitado para conducir este tipo de evaluaciones, y quedar sujeta a la revisión de la autoridad judicial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 28).

En lo tocante a la modalidad concreta de cuidado alternativo, la Directriz N°52 dispone que:

> Para atender a las necesidades específicas psicoemocionales, sociales y de otro tipo de cada niño carente del cuidado parental, los Estados deberían adoptar todas las medidas necesarias para establecer las condiciones legales, políticas y financieras que permitan ofrecer opciones de acogimiento alternativo adecuadas, dando prioridad a las soluciones basadas en la familia y en la comunidad.

En los términos de las Directrices en comento, cuando a reserva de una decisión judicial se ha dispuesto la separación de un niño de su familia, en especial de sus padres, el deber del Estado de resguardar su derecho a vivir en familia se traduce en éste estadio (etapa) en adoptar medidas especiales de protección que impliquen en lo posible la ubicación temporal, en contextos familiares alternativos, y en primer término dentro de su propia familia ampliada.

En efecto, se estima que el mantenimiento y guarda del niño dentro de su propia familia ampliada es particularmente respetuoso de su derecho a vivir en familia y de la identidad del niño, al mismo tiempo que facilita el restablecimiento futuro del niño a la vida familiar con sus progenitores, que es uno de los fines principales de las medidas de protección.

Pero como la posibilidad de permanecer bajo el cuidado de la familia extensa pudiere no ser posible, los Estados debe regular otras medidas especiales de protección, con carácter temporal.

Conforme se plantea en las Directrices, la siguiente medida que convendría aplicar sería el acogimiento temporal en una familia externa; lo que implica: "la convivencia del niño con una familia distinta a su familia de origen, con la que no se establecen vínculos jurídicos, pero que asume la obligación de cuidarlo como si de un hijo se tratara. De modo que, sin romper los lazos jurídicos, y en muchas ocasiones algunos de los lazos sociales que les unen a sus progenitores, el menor convive con unos padres acogedores por un período de tiempo más o menos largo dependiendo de los casos" (Gómez Bengoechea y Berastegui, p. 188). En el contexto de las Directrices, el acogimiento residencial aparece como última alternativa.

En efecto, la Directriz N° 20 establece que: "*El recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera*

específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior".

Agrega la Directriz N° 21:

> De conformidad con la opinión predominante de los expertos, el acogimiento alternativo de los niños de corta edad, especialmente los de menos de 3 años, debería ejercerse en un ámbito familiar. Pueden admitirse excepciones a este principio para evitar la separación de los hermanos y en los casos en que el acogimiento tenga carácter de urgencia o sea por un tiempo prefijado y muy limitado, al finalizar el cual esté prevista la reintegración en la familia u otra solución apropiada de acogimiento a largo plazo[10].

La postura anotada, se fundamenta en la evidencia científica que señala que "Los primeros años de vida son cruciales para todo ser humano; en esta etapa se definen en gran medida las bases de su desarrollo posterior cognitivo, social y afectivo. También indica que institucionalizar a los niños y niñas y privarlos de su medio familiar en etapas tempranas de su desarrollo las deja con secuelas tanto físicas como de salud mental: presentan mayor retraso en su capacidad de interacción social, deficiencias en su crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos y de comportamiento, retraso en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación, entre otras[11]. (Consejo Nacnional de la Infancia, p. 9).

---

10 Los criterios fijados por la citada Directriz se encuentran presente en la política nacional de la niñez y adolescencia 2015-2025, que en su texto a establecido dentro de las áreas estratégicas, "avanzar en la provisión de cuidados bajo condiciones de vida familiar para niñas, niños y adolescentes que, por situaciones de graves vulneraciones de derechos, deben ser separados de su familia de origen".

11 En este sentido se afirma: "La Teoría del Apego, desarrollada prolíficamente a partir de este estudio (ver Shaver y Cassidy, 1999), destaca que, para su adecuado desarrollo, los niños tienen una necesidad básica, biológicamente determinada, y especialmente activa durante los tres primeros años del vida, de mantener una relación estable con adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto; necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil". Agrega: "Esta perspectiva supuso una verdadera revolución en el mundo de la psicología, que hasta el momento había considerado el vínculo entre padres e hijos como secundario y dependiente de la satisfacción de necesidades elementales. En el mundo de la protección de menores, esta teoría sienta las bases para considerar que todo niño tiene derecho a una familia, por lo que no debería separarse de ella y, en

e) Derecho a que se restablezca el derecho a vivir en familia. – Las modalidades alternativas de cuidado personal de los hijos adoptadas en sede proteccional, sea que consistan en la ubicación temporal del niño dentro de su propia familia ampliada, dentro de una familia de acogida externa o en un centro residencial, tal como hemos venido destacando, son: excepcionales, esencialmente temporales y deberían durar el menor tiempo.

Las características anotadas se justifican en gran medida porque ellas no constituyen un fin en sí mismo, sino que un mero instrumento destinado a restituir un derecho que ha sido vulnerado: el derecho del niño a vivir en familia.

La consideración anterior es clave tanto para entender y dimensionar el rol que ellas están destinadas a jugar, como para medir el período de tiempo por el cual han de ser aplicadas.

En lo que respecta al rol, se destaca que: "las orientaciones internacionales en materia de desinternación y cuidados alternativos son enfáticas en señalar que se debe trabajar activamente con la familia de origen como primera prioridad en los procesos de reintegración familiar. Lo anterior es importante dado el reconocimiento que tienen la unidad familiar en el marco de la Convención (CDN) y los perjudiciales efectos, que tiene la separación del niño de su medio familiar en las esferas del desarrollo y la identidad" (Consejo Nacional de la Infancia, p. 24).

En efecto, la medida de separación se justifica en la medida que otorgue un espacio para superar las condiciones que dieron lugar a ella; lo que necesariamente exigirá un trabajo con la familia del niño, a cuyo resultado deberá subordinarse la posibilidad de reunificación; pues si la medida se ha adoptado en consideración al ISN, a éste deberá sujetarse también revocación.

---

el caso de que la separación sea necesaria, debería tener acceso a un cuidado alternativo de tipo familiar. A pesar de que los teóricos del apego no hacen referencia a la familia como institución, ni a una estructura familiar en concreto, se considera que esta necesidad de cuidado afectivo por parte de un adulto estable y permanente sólo se proporciona en entornos familiares o que reproduzcan estas condiciones de "familiaridad", frente al tipo de institucionalización vigente hasta el momento". Gomez Bengoechea, B. y Berastegui Pedro-Viejo, A., cit. (n. 11), pp. 178-179.

Sobre este particular se sostiene que:

> Habrá que valorar periódicamente las posibilidades de retorno del menor, teniendo como criterio fundamental para ello no únicamente la disposición o capacidad de la familia de origen para satisfacer las necesidades del niño, sino, sobre todo, el interés del propio menor (Gómez Bengoechea y Berastegui, p. 188).

Sentado lo anterior, y para el caso que se establezca la imposibilidad de retorno con su familia, lo que correspondería sería adoptar medidas de carácter definitivas, encaminadas a restituir el derecho del niño a vivir en un medio familiar.

Se trata de medidas que, en lo teórico, deberían transitar entre la colocación del niño bajo el cuidado permanente en un tercero hasta derivar en su adopción, pero que, en la realidad, en un importante número de casos, derivan en internaciones residenciales de por vida; situación que, al margen de evidenciar el fracaso de la medida adoptada, terminan perpetuando la situación de vulneración que afectaba a un niño, que perdió su infancia esperando la restitución de sus derechos[12].

En efecto, el problema que se observa en este estadio es que la protección del derecho del niño a vivir en su familia, particularmente a vivir y ser cuidado por sus padres, se ha llegado a transformar en un obstáculo para la protección del derecho fundamental que le asiste a vivir en una familia; consideración que resulta fundamental al momento de determinar el alcance que debe darse al principio de subsidiaridad de la adopción, a la luz del ISN.

12 Lamentablemente, el problema reseñado no termina ahí, tal como dan cuenta estudios a nivel nacional, No es casual que cerca de la mitad de las personas privadas de libertad y un cuarto de la población en situación de calle haya estado en un hogar de menores durante su infancia o adolescencia.

3. LA SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCIÓN: CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DE SU DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

3.1. El principio de subsidiaridad de la adopción. Consagración y alcance

Sin perjuicio del marco normativo que impone la CDN en sus artículos 7, 18, y 20, los cuales fueron analizados en el acápite anterior, el principio de la subsidiaridad de la adopción tiene un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico chileno en los artículos 1° y 15 inciso segundo de la Ley 19.620.

El artículo 1° establece:

> La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

El artículo 15.2 por su parte dispone que:

> El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.

En los términos del Departamento de Adopción del Sename:

> El Estado de Chile, tiene como primera misión que los niños/as que han sido separados transitoriamente de sus familias, retornen lo antes posible con éstas. Sin embargo, existe un grupo de niños/as que no tienen posibilidades de ser asumidos por su propia familia".
>
> Agregan a estos respectos:
>
> "La alternativa de la adopción, sólo surge frente a inexistencia de recursos familiares protectores, como una medida efectiva y definitiva de restituir el derecho del niño a familia protectora y bientratante.

Sobre la base de lo dispuesto en las normas citadas es evidente que la adopción no es una modalidad alternativa de filiación, sino que una modalidad subsidiaria; en cuanto sólo puede accederse a ella cuando se determine la imposibilidad de que niño permanezca o retorne a su familia de origen.

Sin embargo, tal como acertadamente expone Marcela Acuña, para definir cómo ha de operar este carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, no basta un criterio puramente formal, en el sentido de entender que, "sólo va a poder materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa o si, siendo ésta determinada, se encuentra impedida de tener al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño, o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales", porque ello traería como consecuencia que:

> Siendo posible disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen nuclear o extensa no procedería la adopción, por ejemplo, cuando un miembro de la familia se opone a la declaración de susceptibilidad de la adopción.

Agrega la referida autora que:

> Un criterio teleológico, exige una valoración y análisis más profundo de la situación del menor desde la perspectiva de lo que aconseja la protección de su interés superior en la búsqueda de la situación que garantice su crecimiento, educación y bienestar.

Criterio que ha sido aplicado por la Corte Suprema, al resolver que:

> Si bien en la materia rigen los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación, considerando dicha institución como una forma alternativa cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, lo cierto es que esta última circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que no existe tampoco una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos del menor en todos los ámbitos de su vida[13].

En consecuencia:

13 Corte Suprema, sentencia de 9 de enero de 2013, en autos rol 6948-12.

> La inexistencia de la familia biológica no solo está dada por una situación física (el menor no tiene filiación determinada, ha sido abandonado; ningún miembro de su familia biológica se opone a la declaración de susceptibilidad de la adopción, entre otros), sino también en la carencia de un vínculo real y permanente en el tiempo respecto del menor, denotando incapacidad para asumir su cuidado[14].

Así entonces, tal como lo pone de manifiesto el artículo 21 de la CDN[15], el ISN opera como unidad de medida a la hora de definir la aplicación de la adopción como instrumento de restitución subsidiario del derecho del niño a vivir en familia; ISN que, prevalece naturalmente respecto de aquél que pudieran invocar su familia de origen, y que pone en cabeza del juez la enorme responsabilidad de resolver, a un tiempo: que la familia no está en condiciones de satisfacer el citado interés y que la adopción será para el NNA el medio idóneo para ello.

En lo que atañe a la evaluación de la familia de origen, tal como correctamente se ha afirmado, no bastan "afirmaciones dogmáticas, sino que es necesario que respete y reconozca la historia vital del niño, niña y adolescente respecto del cual se decide, su identidad, que analice las situaciones en las cuales han estado inmersos, los efectos que las mismas han producido en ellos y cuáles son los referentes adultos aptos para su adecuado resguardo y contención". (Sambrizzi, 2017, p. 41).

En lo que refiere a la adopción, el respeto de los derechos fundamentales del adoptado exige determinar que dicho instrumentos tendrá en el caso concreto la aptitud de restituir los derechos que se han vulnerado, y particularmente el derecho a vivir en familia; determinación para la cual tampoco bastan las consideraciones meramente teóricas, pues, según veremos, el perfil de adoptabilidad del NNA, constituye una barrera oculta a los ojos del legislador, pero que la práctica obliga a considerar la posibi-

14 Acuña San Martin, M., cit. (n. 27). En los autos citados, el Máximo Tribunal concluyó que, si bien la abuela materna se había opuesto a la declaración de susceptibilidad de la adopción, los antecedentes del proceso eran suficientes para concluir que: *ella no está capacitada para constituirse en una figura de protección respecto del menor, no contando con las habilidades necesarias para hacerse cargo de su cuidado y contribuir a su desarrollo, incurriendo en situaciones de abandono en su cuidado y crianza.*

15 El artículo 21 de la CDN establece que: "*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*", fijando a continuación una serie de exigencias destinadas precisamente a la satisfacción de dicho interés.

lidad concreta de un niño de ser adoptado, tanto a la hora de demandar la susceptibilidad de adopción, como al momento de resolverla; pues el riesgo de dejar a un niño sin enlace, es sin duda un escenario muy complejo.

3.2. Algunos nudos críticos

Sostener que la aplicación del principio de subsidiaridad debe hacerse en función del ISN, sigue siendo una afirmación meramente teórica y que resulta insuficiente si queremos que la adopción opere como un instrumento efectivo de restitución del derecho del niño a vivir en familia; de ahí entonces la necesidad de evidenciar la existencia de ciertos nudos críticos que, a nuestro juicio, afectan la respuesta que merecen los niños privados del citado derecho fundamental, y que se vinculan a tres preguntas claves: ¿cuál es tiempo que el Estado tiene razonablemente para restituir el derecho del niño a vivir en familia?, ¿de qué manera han de articularse los medios de que dispone para ello?, y ¿cómo han de resolverse los conflictos de intereses que normalmente han de presentarse en este escenario?.

a) Tiempo. La literatura especializada suele destacar como un factor clave a la hora de intervenir a niños que han sido privados del cuidado parental, la necesidad de que la medida de separación dure el menor tiempo posible; esto, entre otras razones, porque una internación prolongada suele influir negativamente en la posibilidad de restituir su derecho a vivir en familia, tanto para los efectos de permitir la reintegración a su grupo familiar como, si fuere el caso, para ser incorporado a un programa de adopción.

En lo que respecta a la reunificación familiar, que debe ser el primer objetivo perseguido tras la separación, precisamente en razón de la subsidiaridad de la adopción:

> El conocimiento acumulado a la fecha muestra que el *timing* parece ser una variable central, sugiriendo que muchos niños se reunifican rápidamente al comienzo, pero las probabilidades de reunificación declinan rápidamente después de seis meses de estar institucionalizados[16] (Fernández & Lee, 2013).

---

16 Estudios realizados en Estados Unidos muestran que durante el primer año la probabilidad de reunificación es de 28%, disminuyendo a 16% el segundo año. El Estudio de Putnam-Hornstein y Shaw (2001), con una muestra de 26.963 niños y niñas,

En lo que refiere a la adopción, el escenario es aún más complejo, porque si bien en teoría la adopción puede operar hasta los 18 años, la edad opera como un factor clave a la hora de definir el perfil de adoptabilidad de un niño[17].

En efecto, tal como lo evidencia el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, tras las entrevistas realizadas con funcionarios de la Unidad de Adopción del Sename, "*Los criterios observados para determinar si un niño cuenta con un perfil de adoptabilidad tienen que ver, en primer lugar, con la edad: no pueden tener más de siete años*" (Informe Anual sobre Derechos Humanos, 2015).

Las estadísticas publicadas por el propio Sename no hacen sino comprobar las afirmaciones anteriores. Según sus datos, el promedio de edad de los niños enlazados con matrimonios nacionales fue de 2 años en período 2010-2016. El promedio del mismo período de los niños/as enlazados con matrimonios residentes en el extranjero fue de 6,6 años. Cifras que, además, si se consideran dentro del universo de los niños bajo régimen de cuidado alternativo, son altamente preocupantes, habida consideración que más del 68% de ellos tienen más de 8 años; por lo que, para estos, la adopción no es siquiera una alternativa[18].

El problema en todo caso es complejo y va más allá de imprimir celeridad al proceso de susceptibilidad de adopción; pudiendo iden-

---

encontró que sólo un 24% se reunificó dentro de los 6 primeros meses. De los niños menores de 1 año, el 15,5% se reunificó en menos de 6 meses, mientras que, en el grupo de 6 a 10 años, el 28,3%.

Haciendo eco de la misma idea, nos encontramos con lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha sostenido a estos respectos, que "para ser adecuadas, las medidas dirigidas a reunir al progenitor y a su hijo deben ser adoptadas rápidamente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él".

17 Según información aportada por el Servicio Nacional de Menores por medio de la Ley de Acceso a la Información Pública, que se contiene en el Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2015: "La Adoptabilidad del niño/a considera aspectos de tipo jurídico, psicológico, sociales y médicos, que en su conjunto permiten determinar que un niño está en condiciones de integrarse a una familia adoptiva".

18 El referido porcentaje consta en el artículo publicado en el Diario El Mostrador titulado: "Sename reconoce fracaso en política de adopción de menores vulnerados", disponible [en línea]: http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/12/sename-reconoce-fracaso-en-politica-de-adopcion-de-menores-vulnerados/

tificar algunos factores que inciden negativamente en lo que algunos denominan una cuestión de *timing*.

El primero de ellos, es que, si bien la actual Ley de Adopción establece plazos breves para la tramitación de las susceptibilidades, ellos en la práctica son imposibles de cumplir. Basta para esto considerar que a la audiencia preparatoria debe ser citados los parientes que señala el artículo 14, a quienes no sólo hay que notificar, sino que en la mayoría de los casos ubicar; lo que implica la realización de una serie de gestiones para obtener el domicilio. En este mismo sentido, si bien la ley establece un plazo breve entre la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio, dada la exigencia que plantea el art. 15 para el juez, en orden a establecer "*la imposibilidad de disponer otras medidas que permitan la permanencia del mismo en la familia de origen*", ello obliga a realizar una actividad de despeje, en que lo normal será que se decreten peritajes, que con toda seguridad no podrán ser evacuados dentro de los plazos estrictamente legales.

El segundo aspecto, se vincula con una problemática que desarrollaremos con mayor detención a continuación, y que se refiere al valor relativo que le atribuyen los jueces al trabajo realizado en sede proteccional, que normalmente antecede a las susceptibilidades; cuestión que supone adoptar una decisión respecto del rol que está llamada a cumplir la causa proteccional, especialmente las diligencias y material probatorio reunido en ella, en la causa de susceptibilidad.

Finalmente, y sin que el examen sea exhaustivo, nos parece que otros de los elementos que afectan gravemente la concreción de la adopción dentro de un término razonable, se vincula a los esfuerzos, que muchas veces resultan excesivos, de mantener al niño atado en una familia de origen, en términos tales que la preferencia dada al derecho a vivir en su familia termina frustrando el derecho a vivir en una familia. Así se da cuenta en el informe elaborado por el Poder Judicial y Unicef del año 2012, al señalar que: "*Sin duda uno de los factores que alarga la estancia de los niños en acogimiento residencial es un proyecto de reunificación que se prolonga y acaba derivando en una situación indefinida*"[19] (UNICEF, 2012).

19 Se agrega a estos respectos que: "Aunque algunos casos pueden requerir más tiempo y cabe introducir una flexibilidad necesaria, el criterio de los DOS AÑOS se ha utilizado en muchos países como un poderoso instrumento para evitar prolongación del medio familiar prolongado", p 35.

En este sentido concordamos con quienes afirman que:

> El agotamiento de las posibilidades de permanencia con sus padres de sangre-lo que puede en ciertas situaciones llegar a ser contraproducente-no debe exagerarse hasta un punto tal que demore innecesariamente la institucionalización de los menores y la posterior y, en lo posible, inmediata entrega en guarda a una familia que se ocupe de sus necesidades afectivas y materiales, además de espirituales, todas las cuales son fundamentales en el desarrollo de la persona.

b) Articulación protección-adopción. Uno de los problemas que el propio Servicio Nacional de Menores identifica en materia de adopción, dice relación con derivaciones tardías de los niños al área de adopción. No se trata solamente que la causa de susceptibilidad de adopción pueda ser lenta y compleja, sino que, además, la instancia proteccional que normalmente la precede, suele prolongarse en demasía.

Se trata de un aspecto clave, pues pone de manifiesto que la aptitud de la adopción, para operar como instrumento efectivo de restitución del derecho del niño a vivir en familia, pasa necesariamente por mejorar el sistema proteccional, con el objeto de evitar que las falencias de éste último puedan llegar a frustrar dicho objetivo.

En efecto, tal como veíamos en la primera parte de este trabajo, la medida de separación de un niño de sus padres no tiene valor en sí misma, sino en cuanto entrega un espacio destinado a evitar y reparar la vulneración de derechos, lo que pasa necesariamente por restituir en definitiva su derecho a vivir en familia. El problema observado en esta fase es que, si bien la ley establece términos acotados para dicha medida, estos son renovables; lo que implica que un niño puede pasar años en el sistema proteccional, bajo un régimen de cuidados alternativos, antes que se adopte la decisión de iniciar una causa de susceptibilidad de adopción, con el riesgo consiguiente que dicha decisión llegue tarde[20].

20 Así lo puso de manifiesto el Mensaje N° 206-361, por medio del cual se ingresó en el proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción (Boletín 9119-18), al señalar que: "la actual regulación de los procedimientos previos a la adopción, supone una tramitación que muchas veces se dilata en demasía, perjudicando directamente a las niñas, niños y adolescentes que deben permanecer institucionalizados mientras se resuelve su situación. Así, durante el año 2012, el tiempo promedio de duración de las causas de susceptibilidad fue de 8 meses y 26 día, superando el 20% de las causas, largamente el años", pero dicho dato debe ser leído en conso-

Pero el problema de articulación no se limita a una cuestión puramente de plazos, a pesar de lo relevante que es este punto, sino que dice relación también con el valor que debiera darse al trabajo y material reunido en sede proteccional; porque no puede ser que la susceptibilidad de adopción suponga en cada caso partir desde cero, al punto de infravalorar o derechamente ignorar el trabajo realizado precedentemente[21].

En este aspecto concordamos con quienes afirman que: "los tribunales no siempre reconocen el historial realizado por la institución colaboradora del Sename con niño en cuestión, lo que se traduce en realizar muchos exámenes y análisis nuevamente, de manera innecesaria".

En este contexto vale la pena preguntarse si tiene sentido pedir una calificación diagnóstica con el objeto que evalúe las competencias parentales de los padres, cuando ya fueron evaluados en el contexto proteccional y registran nulo o insuficientes resultados en los programas de intervención, o, si resulta lógico volver a contactar a toda una serie de parientes, cuando existe constancia de un trabajo serio de despeje, que pone en evidencia que no existe red familiar capaz de asumir el cuidado del niño.

Nuevamente la solución no es fácil, porque los defectos anotados no pueden significar en modo alguno que toda protección deba estar destinada a preparar futuras adopciones; pero lo que queda claro es que la eficacia de la adopción esta necesariamente vinculada a la calidad del régimen proteccional, el cual, como bien sabemos, sigue al debe.

---

nancia con el tiempo promedio de permanencia de los niños durante la tramitación de dichas causas en la Red Sename, lo que da cuenta que "el tiempo promedio de permanencia en la red institucional es de 2 años y 15 días, debido a la dificultad para acreditar las causales de susceptibilidad", disponible [en línea]: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9535&prmBoletin=9119-18.

21 Las conclusiones contenidas en el informe realizado por el Poder Judicial y Unicef en el año 2011, referido a Niños y Niñas Declarados Susceptibles de Adopción Sin Enlace, V Región, ponen de manifiesto que el problema de articulación es también institucional. Se afirma a estos respectos que, "Esta situación de larga institucionalización se explica, entre otras razones, por una tensión entre la coordinación de la Unidad Regional de Adopción con la Unidad Nacional encargada de esta labor y ambas con el Departamento de Protección de Derechos". UNICEF. PODER JUDICIAL, Documento de Trabajo, Boletín N°1 (2012), p. 35, disponible [en línea]: http://unicef.cl/web/boletin-numero-1-ninos-y-ninas-declarados-susceptibles-de-adopcion-sin-enlace-v-region/.

c) Conflicto de intereses. Sostener que la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del niño, supone entender que respecto de los padres y de los futuros adoptantes, el interés de éstos cede y el del niño prepondera.

El punto radica en que, desde la perspectiva legal, el legislador entiende que por regla general la satisfacción de ese interés se logra en la medida que el niño permanezca con su familia de origen, lo que justifica las prevenciones que efectúa al respecto en la Ley 19.620, tanto en su artículo primero, cuando plantea que la adopción está destinado a amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen, como en el artículo 15, cuando establece la obligación para juez de verificar la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia en su familia de origen.

Se trata de un escenario complejo, en que efectivamente se pone al juez en la disyuntiva de seguir apoyando a la familia de origen o declarar al niño susceptible de ser adoptado.

El punto radica entonces en determinar, ¿cuándo debemos entenderse, en los términos que exige la ley, que es imposible disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen.

Se trata sin duda de una pregunta con una fuerte carga ideológica, y que redunda en la actualidad en dos aspectos claves del proceso de susceptibilidad de adopción: la aplicación de las causales de adoptabilidad y la oposición de los parientes.

En lo que respecta a la causales que autorizan la declaración de susceptibilidad de adopción, particular complejidad se presenta a la hora de evaluar la inhabilidad de los padres, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Adopción; en primer término, porque las causales efectivamente pueden considerarse vagas y anacrónicas, pero por sobre todo porque la calificación de ellas debe hacerse conforme a la sana crítica; lo que en la práctica permite, en definitiva, que cada juez, las evalúe conforme a sus propias convicciones acerca de la primacía de la familia biológica y la subsidiaridad de la adopción[22].

22 En este sentido son interesantes los comentarios contenidos a estos respectos por el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile (2015): "Una magistrada reconoce abiertamente ser partidaria de la adopción ya que considera muy difícil y

Lo mismo ocurre con la oposición que pueden deducir los parientes, de conformidad con lo dispuesto en el art.14; pues bajo el tenor de la Ley de Adopción vigente, aquellos pueden oponerse, aunque no tengan ni la voluntad ni la posibilidad cierta de hacerse cargo del NNA.

En esta fase, nuevamente el juez se ve enfrentando a la disyuntiva de seguir intentando la reunificación familiar, que ya no se logró en sede proteccional, o, en optar por la susceptibilidad; cuestión que, según ejemplificaremos, se manejará conforme a sus convicciones. La jurisprudencia nos entrega una nutrida muestra del fenómeno anotado.

Así ocurre con la causa fallada por la Corte Suprema[23], referida a un niño que se encontraba desde el año 2012 en el sistema residencial, por grave vulneración de sus derechos; en que todos los informes periciales daban cuenta de que la madre no había demostrado verdadero interés por el niño, no tenía vínculo ni apego con él, y que el tío que se oponía no tenía vinculación con el niño.

La sentencia de primera instancia explicitó su convicción de que:

> Para acceder a las declaración de susceptibilidad, debe estar agotada la posibilidad que la familia de origen del niño pueda proporcionarles los cuidados necesarios, siendo la adopción la última alternativa, de manera que, habiendo familia, en este caso representada por su madre y tío paterno los que están dispuestos a adherir a los programas y derivaciones que el tribunal les instruya para el fortalecimiento de sus habilidades parentales, ésta debe prevalecer, teniendo presente el derecho a la identidad consagrado en la Constitución y en tratados internacionales.

Los jueces de alzada reafirmaron lo anterior, al expresar que:

---

poco probable que una madre que no tiene a su cuidado a sus hijos mayores pueda hacerse cargo de uno menor. Otra Magistrada discrepa radicalmente de esta postura al considerar que presumir de antemano que porque una madre no ha criado a sus hijos mayores no va a estar preparada para criar a uno menor es un prejuicio, y no se puede partir de esa base. Agrega que las familias que enfrentan juicios de susceptibilidad de adopción son familias vulnerables que vienen con una suerte de "desesperanza aprendida" por haber sido escuchadas, debido precisamente a los prejuicios que existen en su contra". Centro de Derechos Centro de Derechos Humanos UDP, cit. (n. 33), pp. 353-354.

23 Corte Suprema, 4 de junio de 2015, causa rol N°29568-2014, CL/JUR/3074/2015.

> Esos elementos, que aun cuando pudieran ser considerados apenas un germen de familia, se presentan con aptitud suficiente para procurar que ellos sean fortalecidos y trabajar en su robustecimiento, sin que la aceptación de la madre a estos programas pueda menospreciarse como un deliberado propósito suyo de recurrir a un estado asistencial. Existiendo un grupo familiar y una madre dispuesta a recurrir a programas de recuperación de salud, no se advierte razón alguna para desecharlos con especulaciones sobre su fracaso.

El considerando quinto contiene el argumento central esgrimido por la Corte Suprema para rechazar la casación y mantener la decisión de los tribunales de instancia, al sostener que:

> Como puede observarse, los hechos fijados por el tribunal dan cuenta de una situación que no resulta unívoca, desde que si bien la generalidad de los informes evacuados durante el juicio apuntan a establecer una inhabilidad de la madre y familiares del niño; existen otros, que refieren el proceso vivido por la madre, la que se somete voluntariamente a un tratamiento de rehabilitación de su adicción a las drogas, demostrando adherencia al mismo y deseo de cambio, así como la disposición del tío paterno, que cuenta con un entorno familiar estable, a involucrarse con el niño e integrarlo a su familia. Y es precisamente en función de estos últimos que los jueces adquieren convicción en torno a la no concurrencia de las causales de susceptibilidad.

Sin embargo, tal como lo pone de manifiesto el voto de minoría de la Ministro Andrea Muñoz y la Abogada Integrante Leonor Etcheverry, la apreciación de los hechos acreditados era una cuestión más ideológica, que jurídica. En este sentido afirman las disidentes que, a su juicio:

> Efectivamente se incurrió en un error de derecho al interpretarse el artículo 12 N°1 y 2 de la Ley de Adopción, ya que los hechos establecidos dan cuenta de la inhabilidad de los padres, sin que la evolución experimentada por la madre en el último tiempo sea suficiente para desvirtuarla. Desde esta perspectiva, a su juicio, los sentenciadores si han contravenido conocimientos científicamente afianzados que constatan la inhabilidad de los padres, porque han privilegiado otros antecedentes sobre una premisa voluntarista, que ve en la familia, por el sólo hecho de existir, una realidad positiva, en circunstancias que se acreditaron hechos concretos de abandono y negligencia que han dañado al niño. En opinión de las disidentes, si hubieran apre-

> ciado las normas correctamente, tendrían que haber dado lugar a la susceptibilidad, porque el principio del interés superior del niño, en este caso concreto, indicaba que la familia biológica no está en condiciones de procurarla los cuidados y protección que necesita.

No podemos sino concordar con esta última opinión, pues pone de manifiesto que el principio de la subsidiaridad de la adopción no puede desvincularse del interés superior del niño y de su derecho preferente de vivir en una familia; derecho que estimamos que se vulnera cuando se transforma el proceso de susceptibilidad de adopción en una nueva instancia proteccional: "en que se sigue intentando revincular al niño con una familia de origen que falló en protección y que en muchos casos sólo concurre para evitar la adopción; pero que no ha estado ni está en condiciones de asumir de manera competente el cuidado de los niños" (Illaes, 2017, p. 210).

4. CONCLUSIONES

La trascendencia que los ordenamientos jurídicos le reconocen a la familia se pone de manifiesto desde el momento en que le atribuyen la categoría de derecho. Derecho que, desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño, le corresponde a éste último: el niño tiene derecho a vivir en familia.

Aunque la CDN no establece una jerarquía formal entre los derechos del niño, es claro que el derecho a vivir en familia ocupa un sitial preferente; habida consideración, que la vida familiar, en la medida que sea adecuada, debiera garantizarle la satisfacción de los demás derechos y, de esta manera, *su interés superior.*

El derecho a vivir en familia presenta un contenido complejo, pues si bien se vincula en primer término al derecho de cada niño de vivir y ser cuidado por sus padres, puede derivar en una serie de derechos frente al aparato estatal, ante la ausencia de ese contenido primario: derecho a que el Estado apoye a la familia en su cuidado; derecho a no ser separado de su familia, salvo que su permanencia en ella sea contraria a *su interés superior*; derecho a tener cuidados alternativos, en lo posible de tipo familiar, y finalmente, derecho a que se restablezca su derecho a vivir en familia.

Tanto desde la perspectiva de los instrumentos internacionales como de nuestro propio derecho interno, el restablecimiento del derecho a vivir en familia debe intentarse en primer término con la familia de origen y, siempre que ello no fuere posible, por medio de otra solución definitiva, como es entre nosotros la adopción.

La adopción no es una modalidad alternativa de filiación, sino que subsidiaria, pues sólo puede recurrirse a ella cuando se ha establecido la imposibilidad de satisfacer el derecho en cuestión en el seno de la propia familia.

El carácter subsidiario de la adopción, sin embargo, está supeditado en todo caso al *interés superior del niño,* tal como se pone de manifiesto en el artículo primero de la Ley 19.620; al punto que, es posible afirmar, que ese *interés* es precisamente el que determina el sentido y alcance que debe darse al principio de subsidiaridad.

La consideración anterior implica que, tal como se expuso en su oportunidad, para aplicación del principio de subsidiaridad no basta un criterio puramente formal, sino que es necesaria la consideración de un criterio teleológico, basado precisamente en el interés superior del niño.

La declaración anterior, se interfiere en la actualidad en virtud de la existencia de ciertos nudos críticos que es necesario superar, a fin de que la adopción constituya un instrumento eficaz en la restitución del derecho del niño a vivir en familia.

Dentro de los referidos nudos críticos hemos apuntado a tres: el tiempo involucrado en el proceso; la compleja articulación de la protección y de la adopción, y el conflicto de intereses que se develan en los juicios de susceptibilidad de adopción.

En lo que refiere al tiempo, dimos cuenta de diversos factores que inciden en la lentitud de los procesos vinculados a una adopción; los cuales, junto con prolongar la estadía de los niños en sistemas de cuidados alternativos, afectan sus posibilidades concretas de ser adoptados.

En lo que refiere a los procesos vinculados a la adopción, observamos la falta de sincronía existente con el sistema proteccional; aspecto que debe superarse, a fin de evitar que las falencias de las instancias proteccionales puedan llegar a frustrar el objetivo final a que debe

apuntar toda medida de separación, cual es, restituir el derecho del niño a vivir en una familia.

Finalmente, hicimos presenta la necesidad de resolver adecuadamente los conflictos de intereses, al punto que el derecho de los padres de cuidar a sus hijos no pueda frustrar el derecho preferente que les asiste a estos últimos a vivir en una familia.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Basset, U. (2017). El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dossier, 3.

Basset, U. (2018). Una identidad latinoamericana:el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista de Derecho,* 17.

Centro de Derechos Humanos UDP. (2015). *Derechos humanos de la infancia y adolescencia: asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia,* en *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 201.* Mensaje publicado en http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2015.

Centro de Políticas Públicas UC. (2017). *Derechos humanos de la infancia y adolescencia: asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia*, en *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 201.* Recuperado de https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/10/Paper-N%C2%BA-101-Protecci%C3%B3n-a-la-infancia-vulnerada-en-Chile.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). D*erecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas.* Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-derecho-nino-a-familia.docx.

Consejo Nacional de la Infancia. (2018). *Estrategia de intervención: garantizar el derecho a vivir en familia a niños y niñas entre 0 y 3 años que permanecen en residencias de protección.* Recuperado de http://www.consejoinfancia.gob.cl.

Consejo Nacional de la Infancia. (2018). *Orientaciones para la intervención familiar con niños y niñas institucionalizados: modelo de intervención para la revinculación familiar de niños y niñas de 0 a 3 años que permanecen en residencias de protección.* Recuperado de http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wpcontent/uploads/2018/01/ORIENTACIONES-para-la-intervencion-familiar-con-ni%C3%B1os-institucionalizados.pdf

Consejo Nacional de la Infancia. (2014). *Variables predictoras y modelos exitosos de reunificación familiar en niños institucionalizados.* Recuperado de http://files.infancia-inclusiva.webnode.cl/20000001159eeb5ae8e/Informe%20Variables%20predictoras%20y%20modelos%20reunificaci%C3%B3n%20(2).pdf.

Espejo, N. (2017). *El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental,* en *Responsabilidad Parental.* Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Estrada, F. (2015). Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. *Revista de Derecho, 8.*

Gómez, B y Berastegui, P. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea, 67.*

Illanes, A. (2017). La satisfacción del Derecho de niño a vivir en familia en las distintas realidades y estructuras familiares, en Estudios de Derecho familiar. Talca: Universidad de Talca.

Lepin Molina, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia, en Revista Chilena de Derecho Privado 23. Disponible también [en línea]: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001&lng=es&nrm=iso>.

Mizrahi, M. (2015). Responsabilidad Parental. Buenos Aires: Astrea.

Pinochet Olave, R. y Ravetllat Balleste, I. (2015). El principio de intervención mínima del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible también [en línea]: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851 (consultado con fecha 2018-05-27).

Sambrizzi, E. (2017). Adopción. Buenos Aires: Thomson Reuters.

UNICEF. (2012). Poder Judicial Documento de Trabajo, Boletín N°1. Recuperado de http://unicef.cl/web/boletin-numero-1-ninos-y-ninas-declarados-susceptibles-de-adopcion-sin-enlace-v-region/.

Recibido: 18/04/2019

Aprobado: 31/10/2019

Alejandra Illanes Valdés: Profesora de Derecho Civil y de Derecho de la Infancia en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Correo electrónico: a-illanesv@hotmail.com

El rol de la ley en la configuracion de los derechos fundamentales

The role of the law structuring fundamental rights

Ab. Andy Rojas Jiménez
Investigador jurídico

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 71-97, ISSN 2588-0837

RESUMEN: analizar el papel de la norma jurídica en la configuración de los derechos fundamentales, constituye el principal reto del artículo que se presenta, conscientes de que, no es tarea fácil, sin embargo, constituye en la contemporaneidad, en la que los derechos fundamentales son constante y habitualmente amenazados, una necesidad que se logra establecer con los postulados esenciales que se determinan en el estudio. Es así que, Ley y derechos fundamentales se reúnen en un documento que ofrece claridad doctrinal y legal sobre el vínculo que, ineludiblemente existe. Una amplia revisión doctrinaria sustenta las posiciones que son asumidas en el trabajo, el que, se espera aporte humildemente a la comprensión y reflexión actual, sobre la relevancia que la norma jurídica posee para, la garantía o el menosprecio de lo que ha sido en llamarse, derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: ley, derechos fundamentales, constitucionalismo, reserva de ley, Constitución.

ABSTRACT: Analyze the role of the legal norm in the configuration of fundamental rights, constitutes the main challenge of the article presented, aware that it is not an easy task, however, it constitutes in the contemporary, in which the fundamental rights are constant and usually threatened, a need that can be established with the essential postulates determined in the study. Thus, Law and fundamental rights come together in a document that offers doctrinal and legal clarity about the link that inevitably exists. A broad doctrinal review supports the positions that are assumed in the work, which is expected to humbly contribute to the current understanding and

reflection, on the relevance that the legal norm has for, the guarantee or the contempt of what has been called, fundamental rights.

KEY WORDS: law, fundamental rights, constitutionalism, reservation of law, Constitution.

INTRODUCCIÓN

El principio de supremacía de la ley y, por tanto, su función en materia de derechos fundamentales ha sido un principio no sujeto a discusión, sino hasta tiempos relativamente recientes. Persistió con amplitud durante todo el curso del siglo pasado, y sólo con posterioridad a la crisis de la República de Weimar, ya producida la derrota alemana durante la Segunda Guerra Mundial, comienza a perder fuerza. (Pérez, 2018, p. 50)

La Revolución francesa había sustituido el gobierno de los hombres por el reino de la ley, convirtiendo a la libertad en su principio rector y a la Ley como su único límite admisible (artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Ello resultaba de los fundamentos mismos sobre los que reposaba el Derecho constitucional post- revolucionario, que sustituía la soberanía del Rey por la soberanía del Parlamento y de su máxima expresión jurídica. La ley se convertía en la manifestación de la voluntad general roussoniana, y a ella debían subordinarse todos los demás poderes del Estado, bajo el sello de la división rígida de poderes que la teoría de Montesquieu importaba. (Bobbio, 2010, p. 80)

El juez sólo tenía por función ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, y por ello se somete, en un principio, su actuación, a un rígido control por parte de la Asamblea. Subsistía, en los inicios de la Revolución, la desconfianza hacia el estamento judicial (los parlamentos), pero también ella se manifestaba hacia el Ejecutivo, hacia el Rey, en una primera etapa, que debía ahora compartir sus viejos poderes con la representación nacional, de la que recibía su legitimación. (Climent, 2018, p. 527)

Esta estructura novedosa de funcionamiento del Estado que venía a destruir los cimientos del antiguo régimen, se convirtió de este modo en la arquitectura jurídica de la burguesía triunfante en la Revolución,

que aseguraba así, con su presencia abrumadora en la Asamblea, su control político y social.

El constitucionalismo temprano, sin embargo, relegó las declaraciones a meros enunciados de principios a través de la distinción entre derechos y garantías. Los derechos no formaban parte de los textos constitucionales, y la Constitución se limitaba a regular sus garantías. Esto último ocurrió tanto en la Constitución de los Estados Unidos, como en la mayor parte de los textos constitucionales franceses, siendo paradigmática la situación de la III República. Tampoco la Constitución de Cádiz, de enorme influencia en el constitucionalismo americano, contempló un específico catálogo de derechos, pese a que contenía varios de ellos diseminados en su amplio texto.

En Alemania, país donde el desmantelamiento de los privilegios se realizó mediante reformas realizadas “desde arriba” y no por medio de una Revolución, las primeras constituciones de los Estados alemanes incorporaron catálogos de derechos, que constituían verdaderas concesiones de sus monarcas, pero, ni Prusia ni Austria sancionaron inicialmente constituciones y la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1848, en la que se entendía que los derechos fundamentales debían ser el fundamento necesario del Estado, sólo constituyó un paréntesis en la historia constitucional alemana. (Polakievicz, 1993, p. 24)

El Estado Weimariano constituyó, no obstante, un punto de inflexión. La Constitución es elaborada en medio de un clima de grandes trastornos sociales y políticos, y bajo el estigma de la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial. En ella se incorporó un amplísimo catálogo de derechos, y por primera vez, junto a la Constitución mexicana de 1917, se constitucionalizaron derechos sociales (López, 2010, p. 169). Pero el problema de la aplicabilidad directa de sus normas nunca fue resuelto, a lo que se agregaba la facultad del Presidente del Reich de derogar sus disposiciones (por la vía del Decreto-ley) en períodos de anormalidad. Su desenlace es perfectamente conocido.

Esta situación cambia después de la Segunda Guerra Mundial. Ya antes, Austria y España habían conocido la existencia de Tribunales constitucionales, pero es la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la que marca el cambio de rumbo del constitucionalismo y la consagración del principio de Supremacía Constitucional, coloca también al legislador bajo la fuerza de sus normas, quedando desde entonces limitado en su libertad. La cláusula del artículo 19.2 de la Constitución

alemana impone al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos, las normas constitucionales adquieren aplicabilidad directa y el Tribunal Constitucional debe controlar la constitucionalidad de las leyes. (Consejo Parlamentario Alemán, 1949)

De esta forma, es claramente comprensible el proceso evolutivo que hasta la fecha ha sufrido el fenómeno de la norma jurídica, la Constitución y los derechos contenido en ellas. Es así que, los hechos históricos relevantes y la evolución del pensamiento iusfilosófico, han determinado este particular, no sin antes, haber sufrido los embates de una ciencia jurídica que se rehusaba a cambiar, pero que, definitivamente, lo hizo, y para bien.

Valga este breve recuento explicativo de la evolución de los conceptos de Ley, Constitución y derechos fundamentales, para pasar ahora a ver el papel que la ley juega en la configuración de estos derechos. Para ello, se han tomado dos puntos referenciales contemporáneos que, innegablemente ha permeado al mundo civilizado de sus ideas y posturas; Alemania y España, sin duda alguna han ofrecido los postulados sustanciales sobre los que realizar un análisis que, permite tenerlos como referentes a la hora de analizar dicha circunstancia, en cualquier otra nación.

1. DOCTRINA ALEMANA

Se ha dicho, no sin razón, que el principio de reserva de ley fue el gran logro de la burguesía alemana del siglo pasado en el conflicto con la Corona y su Administración (Polakievicz, 1993, p. 228). A través de él se procedió a distinguir entre ley formal y material, señalándose un ámbito de competencia material a la ley, que no podía ser disponible para el monarca. El concepto de ley formal expresaba la idea de que es ley aquella que ha sido elaborada por el Parlamento, y ley material, la que está constituida por todas aquellas materias que inciden en la "libertad y la propiedad" de los ciudadanos. Esta última esfera no podía ser objeto de regulación por el monarca, salvo habilitación expresa del legislador.

Sin embargo, y pese a esta portentosa construcción dogmática construida por Laband (1901) y consolidada por Anschütz (1932), con la formulación del principio de reserva de ley, el Estado de Derecho alemán se consolidó como un Estado de Derecho limitado a la Administración. Los derechos fundamentales "se concebían principalmente como afir-

maciones de la ley objetiva, que restringían el poder estatal, y no como derechos subjetivos de los ciudadanos" (Polakievicz, 1993, p. 28).

Sería necesaria la derrota alemana en la Primera Guerra, la experiencia de Weimar y la superación de la tragedia que significó el régimen hitleriano, para que Alemania se reencontrara con la tradición de Paul Kirche (1998), y para que la Constitución de los derechos humanos se impusiera definitivamente, colocando de paso a la ciencia del Derecho constitucional ante unas nuevas y esperanzadoras perspectivas. (Müßig, 2014, p. 307)

La Ley Fundamental de Bonn (LFB), que coloca a la dignidad humana como la *Grundnorm* (norma fundamental) que sirve de apertura a la Constitución, pasa a establecer unos límites precisos al legislador, para cada vez que este pueda restringir los derechos fundamentales. El legislador jamás podrá violar el contenido esencial de un derecho, como expresa el artículo 19.2 LFB. (Consejo Parlamentario Alemán, 1949)

Esta norma, sobre la cual se ha levantado la conocida doctrina de la esencialidad de los derechos, impone al legislador una cierta pauta de intervención frente a los derechos fundamentales. Su intervención deberá ser adecuada, necesaria y proporcional. Esta teoría habría de surgir como una necesidad de evitar el peligro de vaciamiento de los derechos fundamentales, tal y como había ocurrido en la Constitución de Weimar, por su innumerable remisión a las reservas de ley.

Otro aspecto interesante del Derecho Constitucional alemán es que ha configurado, en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental, lo que Klaus Stern (1988) ha llamado "un derecho fundamental residual" (p. 276), que implica la posibilidad de ampliación del catálogo a los derechos innominados. A través de esta cláusula del libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional Federal ha derivado nuevos derechos, entre los que cabe destacar la llamada autodeterminación informacional.

Pese a lo anterior, existe en Alemania un gran disenso dogmático frente al significado de la cláusula del contenido esencial, y también frente al papel que corresponde al legislador en la configuración de los derechos fundamentales. Como una manera de explicitar, por ahora, esta última cuestión, se exponen a continuación algunas de las posiciones que han surgido en la doctrina.

1.1. Posición de Lerche

Refiere Gavara de Cara (1994, p. 200) que Lerche en su *obra Grundrechtsbegrenzungen durch <Gesetz> im Wandel der Verfassungsbildes,* distingue entre las normas que determinan derechos fundamentales y aquellas que suponen una restricción de los mismos. Unas y otras se diferencian, porque a través del primer grupo de normas se determina el ámbito de protección de un derecho, mientras que, en el segundo, dicho ámbito ya se encuentra determinado.

Las normas del primer grupo, esto es, que determinan derechos fundamentales, pueden hacerlo de un modo directo o indirecto. Cuando lo hacen de un modo directo, tienen la virtud, de autorizar al legislador a determinar el contenido material del derecho, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 14.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce el derecho de propiedad y sucesión, pero que entrega al legislador la determinación de su contenido y límites, o con la libertad de elegir la profesión.

Cuando lo hacen de un modo indirecto, como cuando se dice "Estos derechos tienen su límite en los preceptos de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud y en el derecho del honor personal" (artículo 5.2 LFB referido a las libertades de opinión, prensa e información), dichas normas sólo tienen por finalidad limitar el derecho fundamental, aunque así, en parte, también lo configuran. Esta determinación indirecta implicaría la posibilidad técnica de utilizar estructuras normativas dirigidas a las limitaciones que realiza el legislador para configurar el derecho fundamental (Gavara de Cara, 1994, p. 216).

Así, el legislador no siempre interviene con el propósito de limitar un derecho fundamental, sino que puede hacerlo, como en los ejemplos propuestos, con un claro sentido de contribuir a la configuración de los mismos.

Las normas del segundo grupo, esto es, las destinadas a restringirlos, operan en cambio sólo cuando el ámbito de protección ya está previamente determinado, y sólo pueden importar, según el autor, una restricción, una clarificación, una prevención frente a abusos o una solución a problemas de concurrencia.

1.2 Posición de Häberle

Peter Häberle, rompiendo con el principio de que "la libertad no necesita leyes de ejecución", sostiene de una manera más radical que el criterio expresado por Lerche, que la legislación y los derechos fundamentales están unidos en una relación interna e inmanente. No podría, por tanto, concebirse el principio de reserva de ley, como una simple autorización excepcional (Häberle, 2003, p. 78).

Para Häberle el legislador ha venido teniendo en el constitucionalismo europeo una actividad cada vez mayor, que se manifiesta en su doble función, configuradora y delimitadora de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de su papel configurador, el legislador dota a los derechos fundamentales del "contenido esencial" correspondiente. Esto lo explica Häberle dentro de su concepción referida *supra* sobre el sistema abierto y dinámico que importa la Constitución. De acuerdo con ello, los momentos estáticos de la Constitución pueden ser concretados por éste, porque la elasticidad de las normas constitucionales tiene sus límites y de otro modo habría que recurrir siempre al mecanismo de la reforma constitucional.

No se comparte, sin embargo, el criterio sustentado por el profesor Häberle, porque, aunque pueda el legislador participar en la configuración de un derecho fundamental, ya sea de manera directa, regulando su ejercicio; o indirecta, mediante su rol delimitador; parece poco apropiado que deba cumplir un papel en la configuración de su contenido esencial. Este problema se ha planteado, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico chileno, a propósito de la configuración del derecho de concesión minera, al que el legislador le ha atribuido caracteres muy semejantes al derecho de propiedad, limitando de manera discutible el referido derecho del Estado sobre las minas. (Chile, Congreso Nacional, 1982)

Häberle extrema aún más esta posición, al sostener que cuando el legislador delimita los derechos fundamentales para proteger bienes jurídicos de igual o mayor jerarquía, configura también "una parte" del contenido esencial de dichos derechos. Esta concepción del profesor de la Universidad de Berlín tiene importancia en la medida que sostiene que temas nuevos del Derecho constitucional, como la protección de datos informáticos, de la salud o de los minusválidos, se estructuran, principalmente, bajo una clase específica de reserva de configuración: la reserva de regulación del ejercicio del derecho fundamental.

1.3. Concepción de Alexy

Recogiendo la tradición de la filosofía analítica, el profesor Alexy (2002) construye una teoría de los derechos fundamentales de carácter estructural, que se opone a aquellas teorías de derechos fundamentales que tienen la forma de concepciones fundamentales del tipo más general. Así, por ejemplo, a la clasificación teórica efectuada por Böckenförde (1993) entre teoría liberal, institucional, axiológica, democrático-funcional y del Estado social, propone, en reemplazo, una teoría integrativa en virtud de la cual las distintas teorías sean evaluadas en función de su contribución a la teoría ideal.

Basa su crítica a las teorías que denomina unipuntuales en su carácter abstracto y en su remisión a una sola tesis básica, excepción hecha de aquellas teorías que remiten a la idea de que el fin último de los derechos humanos es asegurar la dignidad humana, y que, en realidad, escapan a la crítica formulada por el profesor alemán (Alexy, 2002, p. 37).

Para Alexy (2002), la distinción entre reglas y principios, constituye la:

(...) clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. (p. 81)

De conformidad a su formulación teórica, las normas de derecho fundamental tienen un carácter doble en cuanto sus disposiciones se estatuyen a través de reglas y principios. Para Alexy (2002):

(...) se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles (reglas, generalmente incompletas, y principios) estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación. (p. 135)

La actuación del legislador en relación a una norma de derecho fundamental se manifiesta tanto a través de la función configuradora de

los derechos, como en la legislación restrictiva de los mismos. Sin embargo, suele no distinguirse con claridad una y otra función.

Señala Alexy (2002) que una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental "es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Siguiendo una terminología difundida (Häberle, Hesse), puede decirse que esta norma lo configura" (p. 322). Para delimitar el concepto de "configuración" del de "restricción", sugiere Alexy utilizar el criterio de la no obstaculización de la realización de un principio iusfundamental. Este criterio "implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción" (p. 328), como ocurre por ejemplo con la regulación del ejercicio de la libertad de elección de la profesión del artículo 12 párrafo 1 frase 2 LFB.

Respecto al criterio amplio de Häberle en materia de configuración de los derechos fundamentales, sostiene que dicha tesis plantea problemas conceptuales toda vez que para Häberle "las <contribuciones constitutivas> del legislador al contenido de los derechos fundamentales no excluye su sometimiento a los mismos". A juicio de Alexy "El legislador, cuando determina el contenido, no puede estar sometido al contenido de los derechos fundamentales que él mismo está en condiciones de determinar a través de la legislación. Por lo tanto, la vinculación ha de ser creada por algo diferente" (p. 323).

2. DOCTRINA ESPAÑOLA

2.1. Competencia del legislador orgánico

No es nuestro propósito incursionar en este epígrafe en una completa exposición del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, pero la incorporación en él, a partir de la Constitución de 1978 de la categoría ya conocida en el Derecho comparado de "leyes orgánicas" en el tratamiento de las materias relativas a derechos fundamentales, nos obliga a algunas aclaraciones previas.

Nuestra primera observación, aunque de perogrullo, es necesaria, puesto que existe una cierta coincidencia respecto al error conceptual

de la incorporación del concepto de ley orgánica en el sistema de fuentes (Prieto, 1990, p. 177). En principio, ellas implican la exigencia de una mayoría reforzada para su aprobación, pero que en ningún caso pueden significar que ellas sean estrictamente un tipo de normas distintas de la ley. En realidad, sólo importan que en sus consecuencias jurídicas el ordenamiento les atribuye un cierto grado de rigidez o de superioridad respecto a aquellas (De Otto, 2012, p. 112). A juicio de Ignacio De Otto (2012) ni siquiera representan un principio de reserva de esa clase, ya que "(...) la reserva supone una clase de norma en cuyo favor se produce", y lo que aquí hay "(...) en puridad, es tan sólo una reserva a un procedimiento" (p. 113).

En opinión de José Chofre Sirvent (1994) el sistema de fuentes en España representa un sistema de legalidad formal "(...) en que sólo la ley orgánica, atípica y a contrapelo de la coherencia del sistema en que se inserta, conserva una naturaleza material o sustantiva" (p. 64), esto es, hace referencia a unos supuestos concretos dentro del sistema.

¿Cuáles son dichos supuestos? A ellos se refiere el artículo 81.1 C.E., cuando prescribe "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución" (España, Cortes, 1978).

En atención a que aquí haremos referencia exclusiva del supuesto "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", cabe preguntarse si el constituyente ha dictado una norma de competencia en virtud de la cual sólo el legislador, y utilizando este procedimiento, puede configurar el conjunto de los derechos fundamentales y si éste está sometido a límites en su tarea de regulación. No obstante, el tema de los límites será sólo ligeramente esbozado en esta ocasión. Por lo pronto, quede claro que, en España, en principio, toda norma relativa al desarrollo de derechos fundamentales debe ser necesariamente objeto de una ley orgánica. Veremos si ello es estrictamente cierto o requiere de algunos matices para su correcta comprensión.

2.1.1. Desarrollo de los derechos

Dos problemas se hacen presentes de inmediato: 1) ¿Qué es lo que debe entenderse por "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas"? y 2) Si por desarrollo debe entenderse toda

regulación que afecte de cualquier modo un derecho fundamental, o sólo aquella que le ataña directamente.

El primero de estos aspectos mencionados es, a juicio de Chofre, el más conflictivo, pese a lo que puedan dictar las apariencias. Tras él se ocultan dos nuevos problemas de singular importancia: la determinación del ámbito material al que es aplicable la reserva y, por otra parte, la determinación de cuáles sean los derechos y libertades que deban ser considerados como "fundamentales" y por tanto objeto de la reserva.

Respecto al primero de estos problemas, esto es, la determinación del ámbito material de la reserva de ley orgánica, se han suscitado tres interpretaciones. Una primera, de carácter restrictivo (Santa María, 1979, p. 46); y que representa la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, considera que sólo puede entenderse por tal ámbito material los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, artículos 15 a 29, inclusive (De Otto, 2012, p. 112). Las razones invocadas para ello son las siguientes: por una parte, las leyes orgánicas constituyen una excepción al principio de mayoría simple que preside el sistema político-parlamentario de la Constitución española, por lo que deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de imposibilitar la legislación por vía ordinaria y, por otra, desde el punto de vista de la legalidad formal, el sistema de leyes orgánicas constituye también una excepción, un "islote" dentro del sistema, lo que determina el carácter de su interpretación. Mas aún, se da -según los sostenedores de esta tesis- una "simetría" entre las fórmulas utilizadas por el constituyente en el encabezamiento de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I –"De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"- con la expresión utilizada por el artículo 81.

Una segunda interpretación, de carácter extensivo y sostenida por la minoría de los autores, considera que la incorrecta ubicación de un derecho o libertad dentro del Título I, no puede impedir que respecto a ellos se aplique la reserva de ley orgánica. En consecuencia, la expresión "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" debe aplicarse a todas los derechos y libertades públicas del Título I, artículos 10 a 55 inclusive, siempre que así lo requiera su naturaleza intrínseca relevante (Linde, 1978, p. 278).

Finalmente, una tercera interpretación, aunque cercana a la tesis restrictiva, sostiene que aparte de incluirse en el ámbito material de la reserva de ley orgánica, las disposiciones de la Sección primera del

Capítulo segundo del Título I, deben considerarse, previa armonización del artículo 81 C.E. con el artículo 53.2 C.E, los artículos 14 y 30 de la Carta, referidos a la igualdad ante la ley y la objeción de conciencia, toda vez que dicha disposición (53.2) amplía la tutela del recurso de amparo a ambos derechos (García de Entería & Fernández, 2017, p. 155).

A estas posiciones -agrega Chofre- debe sumarse la posición sustentada por Cruz Villalón (1989, p. 36), para quien el ámbito debe ampliarse a los derechos y libertades de la Sección segunda (artículos 30 a 38) dado que allí "hay derechos sin cuya calificación como "fundamentales" no dispondríamos de un concepto operativo de estos últimos en el marco del Derecho constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha tenido respecto a este punto una doctrina única, si bien puede afirmarse que no manifiesta dudas respecto a las disposiciones que están comprendidas entre los artículos 15 a 29 de la Constitución. El problema se ha planteado especialmente respecto a la igualdad ante la ley, del artículo 14 y el derecho a objeción de conciencia, del artículo 30, manifestándose tendencialmente partidaria de su no inclusión (Chofre, 1994, p. 112).

El segundo aspecto a dilucidar hace mención a si todos los derechos fundamentales requieren de desarrollo legislativo, y en caso de ser así, a través de qué procedimiento.

En la historia del Derecho constitucional la Ley se ha presentado invariablemente como el gran instrumento de protección de los derechos fundamentales. No puede afirmarse entonces que, en la actualidad, y principalmente con el desarrollo del constitucionalismo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la Ley haya perdido radicalmente este papel, a consecuencia de la sustancialización del concepto de Constitución y de la mayor importancia que se ha venido dando a su contenido material. Si bien este hecho representa una característica de época de sustancial importancia, toda vez que implica el reconocimiento de la aplicabilidad directa de la normativa constitucional y, por tanto, la idea y afirmación del principio de supremacía constitucional, el legislador y su principal instrumento de control y normación social: la ley, siguen teniendo un papel nada despreciable, y aún más, indispensable, en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Obviamente, sujeto a las limitaciones que le impone el respeto a su contenido esencial.

No obstante lo dicho, existen muchas normas iusfundamentales que no requieren de desarrollos legislativos específicos, por estar agotada su regulación en la propia normativa constitucional, como ocurre por ejemplo con la prohibición del artículo 26 C.E. de constituir tribunales de honor en materias civiles. Como ha dicho García de Enterría (2017), "la libertad tiende a ser, en sí misma, un régimen jurídico completo y autosuficiente" (p. 128).

Sin embargo, las más de las veces el legislador deberá complementar los enunciados normativos que la Constitución establece en materia de derechos fundamentales.

A pesar de la evidencia de lo anterior, no parece lógico que toda regulación deba quedar enmarcada dentro del estricto ámbito del legislador orgánico, más aún si se considera que es difícil encontrar una norma dentro del ordenamiento que no tenga relación con una regla o principio de derecho fundamental.

Si el aserto anterior es válido, se debe concluir que no toda regulación que afecte a un derecho fundamental debe mecánicamente ser regulada mediante una ley orgánica. Por lo tanto, se concuerda con García de Enterría (2017), en el sentido que "el contenido de la regulación debe ser el mínimo indispensable para que la norma básica contenida en la propia Constitución pueda funcionar correctamente y alcanzar así la operatividad social a la que institucionalmente está avocada" (p. 127). En términos semejantes Chofre exige que para que ello ocurra el derecho fundamental debe estar en "intima conexión" con la ley reguladora de su ejercicio, precisando que son tres los aspectos a considerar para delimitar si estamos ante una reserva de esta clase: 1) que no todo el contenido de los artículos 15 a 29 se refiere a derechos y libertades (Martín, 2009, p. 84); 2) que no todos los derechos y libertades comprendidos entre dichos artículos son directamente desarrollables y 3) el requisito de "íntima conexión" a que se ha aludido (Chofre, 1994, p. 121).

Sin embargo, estas conceptualizaciones no parecen reconocer la distinción formulada por De Otto entre "desarrollo" y "regulación del ejercicio" de un derecho fundamental. Y esta distinción tiene sin duda una gran relevancia práctica, ya que como señala De Otto "lo que se desarrolla no es el derecho a la libertad, sino la "norma" que lo reconoce", y con ello se dice que "(...) lo que el artículo 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma

constitucional, y con ello atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter abstracto" (De Otto, 2012, p. 117). Este criterio distintivo formulado por De Otto reafirma, precisamente, la idea de que no todo lo que "afecte" al derecho puede ser atribuible a la ley orgánica. Y todavía más: ni siquiera todo lo que se refiera a la regulación de su ejercicio.

Habiendo realizado estas precisiones, es destacable tener claridad que, existe un antagonismo entre parte de la doctrina española y la normativa jurídica, en torno al desarrollo de los derechos fundamentales, pues mientras el ordenamiento jurídico constitucional es claro en que, para desarrollar dichas potestades es esencial hacerlo por medio de una ley orgánica; no toda la doctrina coincide con ello, pues, según su criterio, solamente, determinados derechos, serían necesarios ampliarlos mediante dicha forma de legislación; cuestión con la que no concuerda. Es claro el valor supremo de los derechos fundamentales, por ende, no debe ni pueden ser desarrollados, por herramientas que no sea, mínimamente, concordantes con el valor y la relevancia de los mismos.

2.1.2. Competencia del legislador ordinario

Si se acepta la tesis de De Otto, se puede llegar expeditivamente a la conclusión que conforme al artículo 53.1 ("Sólo por ley (...) podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades") la competencia del legislador ordinario sigue siendo muy amplia en materia de derechos fundamentales, como se ha sostenido anteriormente. Además, la desrigidización que para el ordenamiento importa que no todas las materias que "tocan" un derecho fundamental sean de competencia de legislador orgánico, y de la exigencia concomitante de una mayoría parlamentaria reforzada, tiene un impacto considerable en el orden de los valores democráticos.

Pero, y he aquí lo importante, ¿Qué quiere decirse cuando se habla de regulación del ejercicio de los derechos y libertades?

El primer paso para el análisis de este problema se hará siguiendo la construcción dogmática formulada por Ignacio De Otto, de acuerdo con la cual debe seguirse un modelo de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, en que la propia exégesis de los preceptos constitucionales permitirá establecer y determinar el contenido y objeto de los mismos, mediante la delimitación del contenido

preceptivo de los derechos, el que no corresponde ser determinado por el legislador. Aquel modelo, en definitiva -según De Otto-, determinará la libertad con que cuenta el legislador para regular el ejercicio de los derechos, sin que sea necesario proceder a operaciones de ponderación o de jerarquía de bienes o valores, que sólo pueden jugar cuando se confunden conceptualmente las funciones de delimitación y limitación externa de un derecho (De Otto, 2012, p. 143).

Dentro del orden constitucional español, a diferencia del alemán -en el que el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, da por sentado los poderes del legislador, resultantes de las reservas específicas, y no contiene uno nuevo- el artículo 53.1 C.E. contiene una habilitación general al legislador para regular los derechos, aunque vinculándolo a la nueva reserva de regulación de su ejercicio (que, al mismo tiempo, queda sujeta al límite que representa el respeto de su contenido esencial) (De Otto, 2012, p. 106).

Restringir un derecho es claramente, como manifiesta el artículo 20.2 de la C.E., una operación distinta que regularlo, lo que se expresa igualmente de un modo negativo en el artículo 28.1 al utilizarse las expresiones <limitar> o <exceptuar el ejercicio>. A veces, el constituyente introduce en la regulación la posibilidad de una mayor o menor limitación, como cuando el artículo 37.2 reconoce la posibilidad de establecer limitaciones al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante la ley que regule se ejercicio, o más sutilmente, en el artículo 28.1, que habilita a la regulación de las <peculiaridades> del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, o en el caso en que "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", del artículo 18.4 C.E.

Existe un contenido mínimo de la expresión "regular el ejercicio" de un derecho, que puede entenderse -según De Otto- "como referido a la forma puramente externa de manifestación de derechos o libertades públicas, de modo que la actuación de éstos habría de someterse a requisitos que no afectarían la actividad misma y que se dirigen básicamente a garantizar la publicidad más o menos extensa de la conducta amparada por el derecho fundamental" (De Otto, 2012, p. 154).

Sin embargo esta concepción tiene para De Otto el inconveniente de no explicar 1) por qué se requiere una ley regulatoria, ni de 2) cómo dicha regulación formal, procedimental, podría alguna vez llegar a

afectar el contenido esencial del derecho en los términos del artículo 53.1. Además, existen derechos con contenido puramente negativo, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que no hacen referencia a una actividad, sino a una prohibición de actuar dirigida al poder público. Mas aun, ¿qué razón valedera existiría entonces para que las formalidades procedimentales no fueran establecidas por normas de rango inferior a la ley?

Por ello, continúa De Otto (2012) "regular el ejercicio del derecho supone a todas luces que éste se encuentre ya delimitado constitucionalmente" (p. 156), que el legislador se halle "ante un poder definido que no puede alterar en su contenido" (p. 156). En consecuencia, "en cuanto la regulación del ejercicio presupone el derecho, la determinación del contenido de este no puede considerarse incluida en aquél" (p. 156).

Señala De Otto (2012) que "la norma constitucional reconoce el derecho mediante una determinación abstracta y genérica del mismo que no indica ni las concretas facultades que comprende ni el concreto status jurídico del titular de la potestad de que se trate" (p. 159). Esta última tarea corresponde propiamente al legislador en su actividad de regulador del ejercicio del derecho.

El legislador, entonces, regula el ejercicio del derecho mediante la "determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida" ¿Cómo? Regulando los elementos de la realidad que sirven para modalizar esa conducta y las facultades y potestades que la integran, o como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 11/1981) regulando "las condiciones del ejercicio del derecho…más restrictivas o abiertas -según- las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales y del límite genérico del artículo 53" (España, Tribunal Constitucional, 1981, p. 5). Es decir, existe un espacio que la definición abstracta deja abierto al legislador, a partir del cual él ejerce la habilitación, el poder que la Constitución le ha conferido para regular su ejercicio.

Pero, ¿Y qué pasa con la configuración de su contenido? ¿Significa lo anterior que el legislador está llamado a configurar el derecho en su contenido? La respuesta de De Otto es negativa porque para él, la determinación del contenido del derecho "resulta de la construcción dogmática del mismo en la interpretación de la definición abstracta" (De Otto, 2012, p. 161). El legislador regula el ejercicio respetando "las

exigencias del modelo dogmático construido a partir de la definición abstracta" ¿Y qué sucede cuando son varios los modelos posibles? Entonces debe respetar las exigencias "que derivan de aquél por el que lícitamente haya optado" (p. 160), es decir, el legislador optará "a partir de una concepción del derecho y de su función" (p. 160).

Como entre la definición abstracta del derecho y su predeterminación conceptual (o construcción dogmática) existe, también, un espacio para el legislador, en el cual gradúa la protección o exclusión "de conductas que en principio cabrían en la definición abstracta", prohibiendo, por ejemplo, en el caso del derecho de huelga (STC 11/1981) algunas de sus manifestaciones, es evidente que en ese espacio el legislador sigue las directrices políticas que le impulsan según sea la concepción del derecho que lícitamente adopte. Esto ocurre también cuando en relación a un determinado derecho el legislador opta por ciertos medios de defensa y no otros o por determinadas fórmulas de protección. Todas estas son cuestiones que la definición abstracta deja abiertas.

Por supuesto, De Otto entiende que la tarea hermenéutica destinada a predeterminar conceptualmente el contenido dogmático de los derechos corresponde al Tribunal Constitucional.

Ya se ha señalado supra que el modelo sugerido por De Otto supone la distinción entre el concepto de delimitación y limitación externa de los derechos fundamentales. Este criterio cumple indudablemente un papel muy relevante en la configuración del ejercicio de los derechos y, por tanto, en la facultad que la Constitución ha entregado al legislador, pero presenta graves dificultades en el momento de dilucidar hermenéuticamente cuál de las dos actividades es la que éste ha realizado. No es fácil, empero, distinguir cuándo el legislador delimita un derecho fundamental de cuándo le aplica un límite externo.

Por ello no parece que pueda sin más renunciarse al criterio de ponderación entre bienes y valores para limitar la libertad del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos. Fuera del ámbito de mandatos y prohibiciones establecidos por el ordenamiento constitucional no es predicable una libertad ilimitada, del individuo o del legislador, que no considere la protección de terceros y de la sociedad, por ello es que los valores y principios constitucionales jugarán siempre un papel relevante en la justificación constitucional -y en la limitación- de ese plus de libertad que la Constitución garantiza.

Si el legislador jamás participara en la determinación del contenido material de un derecho fundamental, nos parecería retórica la distinción efectuada por De Otto entre leyes orgánicas y leyes ordinarias o más bien entre ley de desarrollo y ley destinada a regular el ejercicio de un derecho. Como tal posibilidad es inaceptable, se cree que el legislador tiene un papel que cumplir en la configuración del contenido material de los derechos cuando desarrolla los enunciados de derechos contemplados en la Constitución. Sin embargo, deberá hacerlo respetando el contenido esencial de los mismos, que no es un simple enunciado simbólico.

La consideración de que el contenido esencial común a todos los derechos es el concepto de dignidad humana, a través del cual se vertebran los valores reconocidos en la norma de apertura de la Constitución, no impide que esta regulación contemple los elementos valorativos por medio de los cuales habrá de conciliarse el elemento ideológico contenido en la Constitución material y la idea o concepto del derecho que responda a la especial directriz política que mueva al legiferante. Si el legislador orgánico está limitado por el contenido esencial expresado, directa o indirectamente, por la Constitución, el carácter de unidad y coherencia que dan a la Constitución los valores y principios en ella contenidos, son también un límite a su actividad configuradora, toda vez que recurriendo a ellos deberá justificar los elementos restrictivos del derecho que se imponen en aras de la protección de otros bienes constitucionales.

Esta limitación pesa aún más sobre el legislador ordinario, sobre el cual debe imponerse, a nuestro juicio, tanto la barrera del límite de los límites como las normas mínimas de contenido que regulan las leyes de desarrollo, sin perjuicio de las remisiones lícitas que en esta materia puede efectuar una ley orgánica a la ley.

Es necesario, finalmente, hacer algunas precisiones sobre la situación en que quedan otras dos fuentes normativas del Derecho español: el Decreto-ley y los Decretos legislativos, en materia de derechos fundamentales. Sobre esa relación existen pronunciamientos específicos del Tribunal Constitucional, que pretenden resolver el problema planteado.

En lo que toca al decreto-ley (artículo 86.1 C.E.), es decir a aquella "norma con rango de Ley que emana por vía de excepción, de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros", en la definición del profesor García de Enterría

(2017), dos sentencias del Tribunal Constitucional -la sentencia de 2 de diciembre de 1983 y la sentencia de 26 de mayo de 1988- han venido a precisar que la cláusula restrictiva del artículo 86.1 C.E., que prohíbe que un decreto ley pueda “afectar”, entre otros, “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I” de la Constitución, “debe ser entendida -como señala la primera de las sentencias mencionadas- de modo tal que no reduzca a la nada el Decreto-ley, ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni de pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos”, entendiéndose también, por la segunda de las sentencias, que cabe una cierta incidencia del Decreto-ley en materias que no sean “el desarrollo general de un derecho” o “la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo”.

En cuanto a los Decretos legislativos (artículo 85 C.E.), equiparables a los Decretos con Fuerza de Ley del sistema de fuentes, debe señalarse que, de acuerdo con el artículo 82.1 C.E., no cabe la delegación legislativa cuando la materia delegada es propia de leyes orgánicas, de modo que, en principio, no sería procedente tratándose de derechos fundamentales. Sin embargo, cabe efectuar algunas precisiones fundadas en la distinción que hemos venido utilizando entre regulación del “desarrollo” o del “ejercicio” de un derecho fundamental. La reserva de ley orgánica que el artículo 81.1 C.E. establece para los derechos fundamentales y las libertades públicas, hace referencia a sus normas de desarrollo y no a la reserva de regulación de su ejercicio por medio de una ley que respete su contenido esencial, en los términos del artículo 53.1 C.E., materia que entra en la entera competencia del legislador ordinario (De Otto, 2012, p. 186).

La tesis anterior, formulada por De Otto, nos parece, sin embargo cuestionable de acuerdo con el principio *favor libertatis*. Creemos que De Otto puede llegar a esta conclusión sustentando la tesis de que la potestad que el Gobierno ejerce, como consecuencia de la delegación, es legislativa. A través de ella contraría la opinión dominante en España, que ve en ella una simple alteración de las relaciones entre Ley y Reglamento, y llega a la equiparación formal de las dos categorías en el sistema de fuentes, para salvar la exigencia estricta de reserva del artículo 53.1 C.E.

Sin embargo, una interpretación favorable al principio de libertad, debiera acoger la tesis que mejor garantice la protección de los de-

rechos, y no puede dudarse que sea el Parlamento y no el Gobierno el órgano del que menos puede temerse su afectación. Por esta misma razón es que el artículo 86.1 C.E. ha prohibido que a través de un Decreto-ley se pueda "afectar" a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, y si Decreto-ley y Decreto legislativo son fuentes equiparables, no se ve por qué deba desatenderse en una materia tan prioritaria el viejo principio de que donde existe una misma razón debe existir una misma disposición.

Además, si es discutible la equiparación formal entre Decreto legislativo y potestad reglamentaria, por lo menos lo es en grado semejante aquella que lo vincula a la ley, y al menos, la primera de estas posiciones tiene la virtualidad de acrecentar el control jurisdiccional del Decreto legislativo cuando afecte derechos fundamentales. Por último, si bien la existencia de los decretos legislativos responde a la necesidad de evitar la sobrecarga de las cámaras legislativas o confiar una determinada materia en razón de su complejidad técnica al Ejecutivo, el constituyente no deja de manifestar ciertas reticencias frente a la institución, lo que se expresa de forma manifiesta en la Constitución española en la extraordinaria cautela que muestra al momento de regular sus requisitos de procedencia, restringiéndolos, entre otros a que se trate de "materias concretas". En ello se expresa un cierto carácter de excepcionalidad formal de la institución que debe también ser tomado en cuenta cuando hablamos de la delegación de potestades que conforman nada menos que el contenido material del orden axiológico de la Constitución.

Teniendo ello en consideración, es claro que, el legislador ordinario en la realidad española, se encuentra impedido, en gran medida, para restringir o limitar los derechos fundamentales. Si bien posee la capacidad constitucional de poder regularlos, no logra alcanzar esa autorización para afectarlos sustancialmente, poseyendo de forma exclusiva esa capacidad, el legislador orgánico. Ello desde nuestra consideración, es muy positivo, si se considera el valor de la esencia de cada uno de los derechos fundamentales, impidiendo de esta forma poder modificar la naturaleza misma de un derecho, de forma sencilla, por cualquiera de los po9ederes públicos constituidos.

2.1.3. Ámbito reservado al reglamento

La relación entre Ley y Reglamento en el Derecho español -señala García de Enterría- se rige "por el juego combinado de los tres siguientes principios: materias reservadas a la ley, ámbito del poder reglamentario general (o no necesitado de habilitaciones legales específicas), principio de la congelación del rango por virtud del *contrarius actus* necesario para innovar una regulación existente" (García de Enterría, 2007, p. 114).

El principio de reserva de ley representa en España una de las variadas formas en que se expresan las reservas de competencias establecidas por la Constitución, sin que por ello se instaure un sistema absoluto de reserva de ley (López, 1994, p. 304). Eso explica la existencia de un ámbito de ejercicio de un poder reglamentario general, no necesitado de habilitaciones legales específicas y que tiene su fundamento en la propia Constitución, lo que en ningún caso importa afirmar -digámoslo claramente- la existencia de una reserva constitucional de un ámbito directo en favor del Reglamento, porque dado el sistema de jerarquía de las fuentes normativas, el Reglamento deberá respetar siempre su fuente normativa superior inmediata.

El principio de reserva de ley fue formulado en Alemania y tiene su explicación en las peculiaridades del modelo dualista monárquico y no puede ser identificado ni con el principio de legalidad ni con el concepto de ley material (Rechtsatz), no obstante, sus conexiones lógicas. Se trataba de algo más simple. El concepto, elaborado por Anschütz, en un momento de especial ascenso e influjo de la burguesía alemana, buscaba articular bajo la fórmula libertad-propiedad un ámbito sagrado que debía quedar entregado, siempre, a la Ley material (López, 1994, p. 292).

No significaba estrictamente que todo lo relativo a la libertad y a la propiedad fuera asunto intocable para el monarca, pero expresaba, de acuerdo con la propia noción de ley material elaborada por Laband, que "a libertad y la propiedad constituyen un ámbito material de reserva (Vorbehaltsbereich) bajo el cuidado del Parlamento y que éste simplemente abre al Ejecutivo en virtud de la Ley de habilitación" (García de Enterría, 2007, p. 91).

El principio de legalidad de la Administración, en cambio, hace referencia a la especial forma de vinculación del Estado a la Ley, y ha

tenido históricamente variantes. Desde la tesis inicial que sostenía la vinculación negativa (negative Bindung), que "tiende a identificar el régimen de la Administración y el de los particulares por lo que hace a la vinculación por el ordenamiento jurídico" (García de Enterría, 2007, p. 286) -de modo tal que la ley es un límite para la Administración y no un presupuesto de su actuación-, hasta el concepto ampliamente aceptado hoy de que la ley vincula positivamente (positive Bindung) a todos los órganos del Estado, los que deben conformar su actuación a aquella a través de la figura técnica de la potestad. Es la Ley la que atribuye potestades a la Administración.[24]

2.1.4. Ley orgánica y reglamento

Dilucidado el problema relativo a la relación entre Ley orgánica y Ley ordinaria en materia de derechos fundamentales, nos cumple, en primer lugar, preguntarnos sobre la misma relación existente entre Ley orgánica y Reglamento.

Así como es posible y recomendable una colaboración entre el legislador orgánico y ordinario, pueden considerarse legítimas las remisiones del legislador orgánico al reglamento, y en consecuencia no viciadas de inconstitucionalidad por inclumplimiento de la reserva legal del artículo 53.1, siempre que -como ha sentado la doctrina del Tribunal Constitucional- el desarrollo del derecho fundamental de que se trate lo haya realizado cumplidamente el legislador. La remisión no será, sólo por ello, inconstitucional y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias.

El problema se comprende sin dificultades cuando nos encontramos en presencia de reglamentos ejecutivos, que por su propia naturaleza requieren de ley previa, en esos casos la potestad reglamentaria deberá tener sólo un carácter complementario, pero se hace más complejo con respecto a los reglamentos independientes.

24 Se encuentra más allá de nuestras posibilidades temáticas extendernos aquí sobre las potestades regladas y discrecionales o sobre las posibilidades de autoatribución de potestades por la Administración, que presenta interesantes desarrollos doctrinales y prácticos.

En este punto se han planteado dos posiciones. Una, sostenida principalmente por el profesor García de Enterría (2007), de acuerdo con la cual existiría en el ordenamiento una reserva general de ley para la libertad y la propiedad, en los términos clásicos de la formulación alemana, que sólo habilita a ejercer la potestad reglamentaria en ejecución de una ley y, por tanto, de un modo complementario, cerrando el paso a los reglamentos independientes. Estos tendrían un ámbito de aplicación *ad intra*, vale decir, como reglamento administrativo. Sólo los reglamentos jurídicos o ad extra podrán incidir en los derechos o libertades de los ciudadanos, de modo tal que los reglamentos independientes caben sólo en el terreno interno de la Administración. Ignacio de Otto (2012) discrepa de esta posición, dado que, a su juicio, si no existe en la Constitución precepto alguno que le pueda servir de sustento, ello no podría afirmarse y menos con una extensión de reserva tan amplia como la que defiende el profesor García de Enterría, siendo la Constitución la que establece dicha relación.

Ahora, habiendo analizado esta relación, se posee el criterio de que, aunque en efecto la Ley orgánica y el reglamento muchas veces encuentran vínculo concreto, se debe tener mucho cuidado, cuando, el legislador orgánico le encomienda a una de las funciones o poderes estatales, el desarrollo específico de un derecho fundamental o mejor dicho, la aplicación práctica de un derecho fundamental. Es obligación, desde nuestra consideración, que el desarrollador del derecho reglamentario, deba respetar absolutamente el sentido y espíritu del legislador orgánico; y éste último, velar y controlar porque la aplicabilidad de ese derecho, sea conforme los dispuesto.

3. CONCLUSIONES

Ciertamente la configuración de los derechos fundamentales varia no solo en la doctrina, sino también en la legislación. Teniendo como referencia los elementos analizados, es claro que, en muchas ocasiones encontramos en los textos fundamentales derechos constitucionales que son necesarios desarrollar y que, no queda claro quién es la autoridad que puede hacerlo.

Delimitar o configurar la esencia y el contenido de un derecho fundamental, no es tarea fácil, al contrario, la complejidad y naturaleza de los mismos, impone cuidar atentamente que, el espíritu contenido en dicho desarrollo, sea consecuente con la intención y motivación

original del constituyente. Lo ideal es que, ante un problema de comprensión, fuera el propio mandante quien estableciera su contenido, pero la contemporaneidad ha reglamentado que, es la función ejecutiva, legislativa o judicial (jurisdicción constitucional o inclusive la ordinaria), lo que se encarguen de tan colosal tarea.

Lo aconsejable ante esta realidad, es que en los textos fundamentales se determine la autoridad que puede configurar dichos derechos, porque el no hacerlo, provee el espacio para que, las diversas funciones, en el ejercicio de sus competencias, realicen acciones por medio de las que restringen o amplían el ejercicio de unos u otros derechos fundamentales. Ciertamente, desde nuestra postura, los órganos constitucionales deberían ser los encargados de determinar esta realidad, contrario a lo que pasa en la amplia mayoría de las naciones, en las que, aun existiendo este tipo de ente, las demás funciones constantemente se pronuncian y afectan dichos derechos, quedando claro que, no cualquiera puede configurar los derechos fundamentales.

Se ha podido constatar que, la doctrina y legislación constitucional alemana y española, en materia de derechos fundamentales coinciden en varios elementos y se diferencian en otros. Es de resaltar que ambos Estados, democracias parlamentarias, poseen una jurisdicción constitucional para proteger y garantizar la aplicabilidad de la Constitución y esencialmente, los derechos fundamentales. Adicional, se ha podido delimitar que mientras que la Constitución española, ha logrado un desarrollo capitular de los derechos fundamentales, la Ley Fundamental alemana, no lo ha hecho. Ambas constituciones, son el resultado satisfactorio del desarrollo del iusnaturalismo en el derecho, el fenómeno de la ilustración y el constitucionalismo materializado en Europa y Estados Unidos de América. Estas ideas, acercan en gran medida ambos textos constitucionales, lo que evidencia un acercamiento no solo geográfico, sino, una asimilación constitucionalista, de los derechos fundamentales.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Anschütz, G. v., & Thoma, R. (1932). *Manual de la Constitución alemana*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Bobbio, N. (2010). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económico.

Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. (J. L. Menéndez, Trad.) Baden Baden: Nomos.

Chile, Congreso Nacional. (1982). Ley No. 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. Santiago de Chile: Congreso Nacional.

Chofre, J. F. (1994). *Significado y función de las Leyes Orgánicas*. Madrid: Tecnos.

Climent, J. A. (2018). La jurisprudencia del Tedh sobre la libertad de expresión de los jueces. R*evista Boliviana de Derecho*(25), 524-535.

Consejo Parlamentario Alemán. (1949). Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Actualizado hasta octubre de 2010). (R. G.-P. Sommermann, Trad.) Berlín: Parlamentarischer Rat.

Cruz, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Esáñpla de Derecho Constitucional*, 9(25), 35-62.

De Otto, I. (2012). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (12ª ed.). Barcelona: Ariel S.A.

España, Cortes. (1978). *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

España, Tribunal Constitucional, Recurso de inconstitucionalidad 192-1980 (Sentencia No. 11 (BOE núm. 99) 08 de 04 de 1981, p. 5).

García de Entería, E., & Fernández, T. R. (2017). *Curso de derecho administrativo* (18ª ed.). Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (2007). *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial.* Madrid: Civitas.

Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la Teoría de la Reserva de Ley.* Madrid: Dykinson.

Kühne, J. v. (1998). *Die Reichsverfassung der Paulskirche.* Uberarb: Hermann Luchterhand Verlag.

Laband, P. (1901). Le droit public de l'Empire allemand. (C. G. Lacuire, Trad.) París: V. Giard & E. Briére.

Linde, E. (1978). *Ley y Reglamento en la Constitución.* Madrid: UNED.

López, J. O. (2010). La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Novum Jus,* 4(1), 167-180.

López, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción.* Madrid: Civitas.

Martín, L. (2009). *Derechos Fundamentales y Constitución.* Madrid: Certeza.

Müßig, U. (2014). *El juez legal.* Madrid: Dykinson S.L.

Pérez, R. (2018). *Creación de Constitución, destrucción de Estado: la defensa extraordinaria de la II República española* (1931-1936). Madrid: Dykinson.

Polakievicz, J. (1993). El Proceso Histórico de la Implantación de los Derechos Fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*(81), 23-46.

Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

Santa María, J. A. (1979). Las leyes orgánicas. *Revista del Departamento de Derecho Político UNED*(4), 46-50.

Stern, K. (1988). El Sistema de Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid*(1), 261-277.

Recibido: 13/04/2019

Aprobado: 01/11/2019

Andy Rojas Jiménez: Investigador jurídico

Correo electrónico: arojasj@uvirtual.org

La eutanasia: una mirada desde el derecho

Euthanasia: a juridical approach

Ab. Brenner Fabian Diaz Rodriguez Esp. Mg.
Docente De La Universidad Particular San Gregorio De Portoviejo

Ab Karen Lorena Briones Cedeño
Analista II- investigación de la UNESUM

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 99-120, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Partiendo de un análisis sobre la Eutanasia, su concepto y diferentes períodos que la caracterizan, el trabajo realiza algunos juicios desde el derecho y trata de reflexionar para comprender adecuadamente diferentes aspectos de esta temática o forma de morir: la eutanasia, la misma legalizada otorga el poder, al personal médico o de salud, de poner fin directamente a la vida de personas en condiciones especialmente dependientes, esta es una arista del problema. Finalmente, el trabajo concluye con una mirada desde el derecho que ni remotamente se agota, pues esta es una temática de mucha actualidad y que se mira de diferentes puntos de vista de interés para la humanidad.

PALABRAS CLAVES: eutanasia, periodización, suicidio, orden jurídico y derecho

ABSTRACT: Starting from an analysis on Euthanasia, its concept and different periods that characterize it, the work makes some judgments from the right and tries to reflect properly to understand different aspects of this topic or way of dying: euthanasia, the same legalized gives the power, medical or health personnel, to directly end the lives of people in especially dependent conditions, this is an edge of the problem. Finally, the work concludes with a view from the right that is not even remotely exhausted, because this is a very topical issue and that looks from different points of view of interest to humanity.

KEY WORDS: euthanasia, periodization, suicide, juridical order and right

INTRODUCCIÓN

A través de toda la historia del hombre, la muerte siempre es algo que sorprende, según sean sus creencias o su preparación profesional, pero siempre da la sensación de ausencia, de ida de una persona, que se pierde y como tal se extraña, se sufre y queda en la memoria de los seres humanos, que puede ser temporal, parcial o para toda la vida.

Por eso, hablar del término de la muerte forma parte de nuestras vidas de manera inevitable y estar preparados para ello ayuda a superarlo mejor, cuando los seres queridos fallecen y lo gestionamos de forma adecuada ayuda a superar esta herida correctamente y a no caer en problemas psicológicos o depresión. Sin embargo, para poder hacer esto es importante comprender el proceso de la muerte y analizar que esta tiene diferentes formas de llegar a ella ya sea por enfermedad o repentina como un accidente, infartos o provocada como lo es, por la propia persona.

El trabajo trata de dar una visión desde el derecho y del punto de vista personal sobre una de las formas de muerte la eutanasia que no poco se ha hablado de ella y que el autor no tiene la intención de llegar a concluir esta problemática, precisamente por la vigencia que esta tiene hoy para la sociedad.

1. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO DEL TÉRMINO LA EUTANASIA

El origen etimológico de dos vocablos Eu (buena, justa) thánatos (muerte) son de origen latinos surgiendo así el vocablo Eutanasia, pero en la mitología griega el dios Tánatos personificaba la muerte sin violencia, muy parecida al sueño inducido por su gemelo Hipnos. Por esa razón la eutanasia era, no solo deseable, sino una de las mayores bienaventuranzas que podía recibir el individuo.

En tiempos remotos, la mayor parte de las personas morían en sus casas en medio de sus seres queridos, con atención religiosa, sabiendo que iban a morir y con todas las facilidades para tomar decisiones pequeñas o grandes.

Para la mayoría de las religiones la muerte es solamente un evento o un cambio de estado por lo que el espectro de la muerte suele ser

un psicopompo, incapaz de decidir el destino del ser vivo. Tánatos tampoco tenía ese poder, sino que actuaba de acuerdo con las determinaciones de las Moiras o Parcas, para los romanos. Las Moiras son las hilanderas del destino, inicialmente cada individuo tenía su Moira, puesto que cada destino es único, pero, a partir de la Ilíada y la Odisea, quedaron identificadas como tres hermanas: Átropo, Cloto y Láquesis, hijas de Zeus y Temis, la diosa de la Ley o, según otra leyenda, hijas de la noche lo que las identifica como titánides. Por tanto, la muerte identificada por Tánatos era un evento para el que se está predestinados, no una decisión individual.

La Tanatología, como rama de las ciencias, se centra en la calidad de vida del enfermo terminal y su familia, aborda los eventos relacionados con la muerte natural y la eutanasia, entendida como aliviar el dolor físico y sufrimiento espiritual es uno de sus objetivos.

El empleo del término eutanasia para referirse a la muerte infligida por otros en situaciones relacionadas con el honor, la moral o la fe se asocia inicialmente al martirologio de la tradición judeocristiana. En la carta primera a los Tesalonicenses San Pablo escribió:

(1Tes4:13-15) Hermanos, no queremos que estéis en la ignorancia respecto de los muertos, para que no os entristezcáis como los demás, que no tienen esperanza. Porque si creemos que Jesús murió y que resucitó, de la misma manera Dios llevará consigo a quienes murieron en Jesús. Os decimos esto como palabra del Señor: Nosotros, los que vivamos, los que quedemos hasta la Venida del Señor no nos adelantaremos a los que murieron. El mismo Señor bajará del cielo con clamor, en voz de arcángel y trompeta de Dios, y los que murieron en Cristo resucitarán en primer lugar (Figari, 1995).

Las diosas de la muerte violenta son las *Keres* o *Ceres*, hermanas de las *Moiras*, por lo que también serían consideradas *titánides*. Tienen poder sobre el destino ya que pueden decidirlo cuando se trata de muerte violenta. De acuerdo con la Ilíada los sobrevivientes en las guerras se decidían pesando en sus *keres*. Del nombre de las diosas se deriva el verbo *caedere* que significa cortar, matar y que, a su vez, da origen al sufijo *cidium;* con que identifica a los términos que se relacionan con el acto de quitar la vida.

El Homo sapiens es una especie definida por el uso del lenguaje, tanto es así, que la religión más difundida, llama a Dios: el Verbo. La

axiología dual que se le confiere al término eutanasia, se debe también a la ausencia de otro sustantivo más específico. Considerado la existencia del término *eucidio*, entonces está muy claro que además del decisor se impone la necesidad de un perpetrador de esa muerte no predestinada.

La muerte es también un término de axiología variable. Los primeros ritos conocidos en relación con la muerte son muy anteriores al esplendor de la cultura helénica, se remontan al hombre de Neanderthal e incluyen posiciones concretas que sugieren que el acto trascendió un simple enterramiento y se pone de manifiesto una actitud ritual. Estos hallazgos evidencian la incorporación de la muerte a la psiquis como un hecho ineludible lo que conduce a la elaboración de un andamiaje supranatural para afrontarla e integrarla a la existencia.

(...) Los ritos de la muerte dan cuenta de, lavan y exorcizan el trauma provocado por la idea de aniquilamiento. En todas las sociedades de sapiens conocidas, las exequias traducen a un mismo tiempo una crisis y su superación, de un lado la aflicción y la angustia, del otro la esperanza y el consuelo.

Todo parece, pues, indicarnos que el homo sapiens siente el problema de la muerte como una catástrofe irremediable que le provocará una ansiedad específica, la angustia o el horror ante la muerte, y que la presencia de la muerte se convierte en un problema vivo, es decir, que modela su vida. Asimismo, parece claro que este hombre no sólo rehúsa admitir la muerte, sino que la recusa, la supera y la resuelve a través del mito y de la magia. (Abt, 2006).

La significación conceptual de los términos y expresiones sobre eutanasia son los siguientes:

Eutanasia: la acción u omisión, por parte del médico u otra persona, con la intención de provocar la muerte del paciente terminal o altamente dependiente, por compasión y para eliminarle todo dolor.

Eutanasia voluntaria: la que se lleva a cabo con consentimiento del paciente.

Eutanasia involuntaria (también llamada cacotanasia o coactiva): la practicada contra la voluntad del paciente, que manifiesta su deseo de no morir.

Eutanasia no voluntaria: la que se practica no constando el consentimiento del paciente, que no puede manifestar ningún deseo, como sucede en casos de 4 niños y pacientes que no han expresado directamente su consentimiento informado.

Eutanasia activa: la que mediante una acción positiva provoca la muerte del paciente.

Eutanasia pasiva: el dejar morir intencionadamente al paciente por omisión de cuidados o tratamientos que están indicados y son proporcionados.

Miradas sobre la eutanasia en diferentes períodos

La muerte para la que no estamos predestinados tendría el sufijo cidium; sui, si es auto infligida y homo, si es a un igual. El acto voluntario de terminar con la vida de forma justa y con dignidad, debe denominarse "eucidio" y no eutanasia. Pues las razones de honor o sufrimiento aumentarían el peso del keres del sujeto en cuestión. El término eutanasia, por su etimología, sugiere que la vida del individuo llegó a su fin, estaba destinada a terminar, lo que amortiza el efecto negativo del hecho de que la eutanasia es la decisión voluntaria de cambiar el destino. En el proceso de terminar con el dolor o el sufrimiento, el individuo se erige en su propia Keres y violenta el destino, la Moira, que le corresponde (Caamal et al., 2013).

El desarrollo del pensamiento utilitarista de Hume con la Teoría de la Elección Racional, incorporó una variable al sistema de creencias. Para Bentham el problema se centraba en inducir el comportamiento individual de manera que al maximizar la propia felicidad se maximice la felicidad social, o sea, se propone conocer e inducir el comportamiento individual correcto que oriente la sociedad al logro del objetivo último; está condicionado por el logro de la justica y su contenido definido sin referencia a placeres y penas. Pero en las interpretaciones de la idea original, se despersonalizó esta propuesta (Rivera-Sotelo, 2011).

La decisión de terminar con la propia vida está descrita en psiquiatría como uno de los componentes del suicidio, aun cuando el suicidio asistido no se valora igual, sin embargo, algunos autores establecen el paralelismo:

En el suicidio y la eutanasia consentida, el darse muerte a sí mismo aparece como una opción libre. Pero, en vez de apreciar rectamente su naturaleza perversa, la maldad objetiva de la acción de matarse (a veces atenuada subjetivamente por las circunstancias dramáticas, el aislamiento y la ignorancia), una sutil propaganda ideológica muestra estas acciones como buenas. "Son buenas porque son libres". La libertad es entendida como creadora del bien. Sólo aparece como malo lo que no es libre. Así, el dolor es el máximo de los males porque contraría la libertad. En esta concepción, atentar contra la vida propia o de otro sería una expresión de libertad individual. Es más: "liberarse" de la propia existencia ante el dolor sería el acto más pleno de una libertad. La libre elección es un acto de autodeterminación motivado por un acto de la inteligencia

En 1897, Emile Durkheim postuló que, más que un mero acto individualista, el suicidio era un fenómeno sociológico, resultado de la falta de integración del individuo a la sociedad. También señaló la estacionalidad y la contagiosidad del suicidio y con su tesis marcó una de las líneas de reflexión más retomadas actualmente por los estudiosos del tema (Sabogal & Rossini, 2006).

En este análisis también se consideró la posibilidad de atentar contra la vida de otros que sufren como un acto de misericordia y libertad. Las diferentes culturas también han modificado las implicaciones del acto suicida y el homicidio por piedad; los esquimales lo consideraban una solución económica; los mayas y aztecas, una ofrenda; los estoicos, algo natural porque la vida para vivirla debe ser con calidad; los hebreos y cristianos lo condenan; y los japoneses lo consideraron un acto de honor.

Lejos de ser una negación de la voluntad, el suicidio es un fenómeno de la más fuerte afirmación de la voluntad. Pues la esencia de la negación es que no se detesta el sufrimiento, sino los goces de la vida. El suicida quiere la vida y sólo se halla descontento de las condiciones en las cuales se encuentra. Por eso, al destruir el fenómeno individual, no renuncia en modo alguno a la voluntad de vivir, sino tan sólo a la vida. Él quiere la vida, quiere una existencia y una afirmación sin trabas del cuerpo, pero el entrelazamiento de las circunstancias no se lo permite y ello le origina un enorme sufrimiento (Baquedano, 2007a).

Esta afirmación de Schopenhauer es retomada por Camus (E*l mito de Sísifo*), Thomas Mann (*Mario und der Zauberer.*) y Artaud en su alegato a

favor del suicidio aun cuando no se suicidó; pero, en último caso, es una de las razones razón por las cuales el suicidio no es punitivo. Es importante señalar que el suicida atenta contra la propia vida, dañando a su familia en el proceso, pero es su voluntad y no sobrevive para arrepentirse o sufrir las consecuencias de su acto. No ocurre así con el suicidio asistido que requiere de un colaborador que sobrevive al doliente.

En el estudio del término eutanasia, él autor refleja la intención de realizar una periodización y se basa en el autor (Philippe, 2007), el cual refleja que la muerte ha cambiado en diferentes épocas históricas, como se manifiesta a continuación:

Siglo I Séneca: “Es preferible quitarse la vida, a una vida sin sentido y con sufrimiento”.

Siglo II Cicerón le da significado a la palabra como “muerte digna, honesta y gloriosa”.

Siglo V, Platón, (427-337 a.C.) en La República dice: “Se dejará morir a quienes no sean sanos de cuerpo”. Epícteto predica la muerte como una afirmación de la libre voluntad.

Siglo VIII En Roma, la práctica es múltiple: Muerte sin dolor por miedo a afrontar conscientemente el sufrimiento y la propia destrucción (Tácito en sus Anales)

Siglo VI al XII la muerte ha estado domesticada: la muerte natural, paulatina era considerada natural y la muerte súbita, la consecuencia de una maldición

En Grecia, Hipócrates en su juramento afirma que no dará medicamento mortal por más que se lo soliciten.

En el juramento Hipocrático, la santidad de la persona y el verdadero bienestar del paciente es central: nadie puede asignar el valor paciente porque él tiene valor inherente.

Reconoció, sin embargo, que se podría violar fácilmente esta ética ya que los médicos, no tienen sólo el poder para curar sino también para matar.

Por esta razón hizo que los médicos juraran que nunca usarían su conocimiento y experimentarían para matar, e incluso a la propia demanda de un paciente.

El juramento permitió a la medicina proteger al paciente vulnerable.

Siglo XII al XVI predomina la idea de la muerte propia por la concientización del fin

Siglo XVII se clericaliza la muerte

XVIII al XIX se medicaliza ya que deja de ser un fenómeno natural e inevitable para convertirse en un fenómeno que puede modulado por la actividad médica y, como parte del proceso, se mercantiliza.

Por ello, no resulta entonces sorprendente que el siglo XVIII David Hume escribiera "si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso, y fuese infringir el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla" (En Grecia, Hipócrates en su juramento afirma que no dará medicamento mortal por más que se lo soliciten) (Monografias.com, s. f.).

En el juramento Hipocrático, la santidad de la persona y el verdadero bienestar del paciente es central: nadie puede asignar el valor paciente porque él tiene valor inherente.

Reconoció, sin embargo, que se podría violar fácilmente este ética ya que los médicos, no tienen sólo el poder para curar sino también para matar.

Por esta razón hizo que los médicos juraran que nunca usarían su conocimiento y experimentarían para matar, e incluso a la propia demanda de un paciente. El juramento permitió a la medicina proteger al paciente vulnerable (Mendoza-Villa & Herrera-Morales, 2016).

El acto de quitarse la vida cuando esta ofrece más males que agrado es egoísta, según Kant, no pudiendo realizarse como ley natural universal por ser ajeno al imperativo categórico que la razón se da a sí misma (Gómez & Fardales, 2012a). Uno de los precursores del irracionalismo contemporáneo, Arturo Schopenhauer (1788-1860),

sentenciaba que el suicidio niega solo al individuo y no a la especie, por lo cual es un acto insensato. Según él, el individuo persigue eliminar su existencia dolorosa sin percatarse que el dolor es un elemento esencial a la vida como cosa en sí. El suicida, afirma Schopenhauer, ama la vida; lo único que le pasa es que no acepta las condiciones en que se le ofrece (Baquedano, 2007b). Federico Nietzsche (1844-1900), fundador de la Filosofía de la vida, ve en el suicidio una forma de realizar la voluntad y morir a tiempo, evitando la vejez, la decrepitud o una vida vergonzosa. Según él, todos los que buscan la gloria deben despedirse a tiempo de los honores y ejercer el difícil arte de retirarse con oportunidad (Kerkhoff, 1978)

El existencialista Albert Camus (1913-1960) considera que el suicidio es el único problema filosófico serio, siendo una de las formas en que el hombre se revela ante la falta de significado de la vida, su desespero y su cualidad absurda. D. Bonhoeffer, teólogo alemán de la primera mitad de siglo, consideró el suicidio como la última tentativa del hombre de dar un sentido humano a una vida que ha resultado sin sentido, siendo censurable solo ante Dios, creador y señor de su vida, y no ante la moral de los hombres. El teólogo brasileño Enoch de Oliveira sostiene que la causa del suicidio es la angustia ante la vida desesperanzada, compartiendo la sentencia de que lo mismo que es el oxígeno para los pulmones, es la esperanza para dar significado a la vida humana. En este sentido, según de Oliveira, el hombre de fe tiene la ventaja sobre los demás hombres de que sufre las aflicciones de la vida, pero las enfrenta animado por la esperanza de encontrar al fin de la jornada al Padre Celestial que lo recibirá en su hogar (Gómez & Fardales, 2012b).

Siglo XIX la muerte se ha invertido pues el hombre deja los ritos y decisiones con respecto a su muerte en manos ajenas

Por otra parte, otros casos de eutanasia son tratados por Ramón Sampedro (España), Bob Dent (Australia), Creig Ewert (Reino Unido), Brittany Maynard (Estados Unidos), Fabiano Antoniani (Italia) y el intento de la medallista paralímpica Marieke Vervoot; traen el tema a la opinión pública una y otra vez. Por lo que se retoma la historia de la eutanasia desde la civilización helénica.

El doctor Víctor Manuel Pérez Valera refiere que Jean Rostand escribió: “Tengo la debilidad de creer que es una honra para una sociedad desear el costoso lujo de mantener la vida de su miembros

inútiles, incompetentes e incurables. Casi me atrevería a medir el grado de civilización de una sociedad por la cantidad de esfuerzos y vigilancia que se impone a sí misma impulsada por el solo respeto a la vida" (Pérez Valera, 2017).

En la controversia alrededor del "eucidio" abundan los detractores y los que abogan por la libertad implícita en el acto, pero resulta interesante que, entre los defensores predominan los filósofos, juristas y humanistas; así como, entre los detractores predominan los médicos y personal de la salud. La formación de estos últimos está muy matizada de los principios hipocráticos, a partir de los cuales se definieron los principios éticos de la práctica médica:

No maleficencia

Beneficencia

Autonomía

Justicia, entre otros

Algunos estudiosos del tema consideran que las características de la medicina moderna ponen en tela de juicio estos principios y para ello se apoyan en la Declaración de la AMM sobre los Derechos del Paciente, versión 1995, comienza con esta afirmación: "La relación entre los médicos, sus pacientes y la sociedad toda, ha sufrido importantes cambios en los últimos años. Aunque el médico siempre debe actuar de acuerdo con su conciencia y en el mejor interés del paciente, se deben hacer los mismos esfuerzos a fin de garantizar la autonomía y justicia con el paciente".

En el juramento original reza:

> "... No administraré a nadie un fármaco mortal, aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de una sugerencia de este tipo. Asimismo, no recetaré a una mujer un pesario abortivo; por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura..."(Juramento Hipocrático, s. f.).

A primera vista puede parecer una contradicción, pero si se analiza detenidamente está claro que el juramento no atenta contra la autonomía del paciente, la defiende incluso, desde el principio de la confidencialidad al plantear:

> "… Callaré todo cuanto vea u oiga, dentro o fuera de mi actuación profesional, que se refiera a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto…" (Juramento Hipocrático, s. f.)
>
> Pero, en contraposición tiene afirmaciones como "… dirigiré la recuperación de los pacientes, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio…" (Juramento Hipocrático, s. f.)

Una aseveración que se repite a lo largo de todo el texto del juramento es que el médico debe actuar por el bien de su paciente de acuerdo con su sapiencia y juicio. Es precisamente en este punto donde se hace más álgida la discusión acerca de la legalización de la eutanasia (eucidio en este texto). Si un tribunal decreta que el paciente tiene derecho a decidir sobre su vida y, por ende, sobre su muerte, siendo este incapaz de cometer suicidio, ¿sobre quién recae la ejecución?

Los Eugenistas buscan el perfeccionamiento de las cualidades de la raza humana mediante el estudio de la herencia. Aunque la idea de eugenesia estaba ya presente en la República de Platón, el actual concepto se fraguó durante la segunda mitad del siglo XIX con el darwinismo social, fundamentado en la perfección de la especie humana y en una confianza cada vez mayor en la ciencia como forma de conocimiento. Cuando sus lemas, "lucha por la supervivencia" y "ley del más fuerte", se aplicaron a la sociedad, es cuando aparece la eugenesia moderna.

A partir de 1900, con la aparición de la genética moderna, las corrientes interesadas en "mejorar" la raza humana se transformaron en un movimiento institucionalizado, los Eugenistas, en el que cabe destacar dos corrientes: la eugenesia positiva que se centra en aumentar el potencial educativo de los individuos especialmente "adaptados", y la eugenesia negativa que subraya la necesidad de apartar a aquellos particularmente "inadaptados". Entre 1910 y 1940 el movimiento, estrechamente asociado con un sentimiento de superioridad blanca anglosajona, fue especialmente intenso en Inglaterra, Estados Unidos y Alemania.

Karl Binding y Alfred Hoche en 1920 utilizan el término eutanasia, para proponer la muerte de personas social y económicamente inadaptadas como los enfermos mentales o minusválidos.

A finales de 1939, Hitler autorizó, por primera vez, la aplicación de la eutanasia, a un niño ciego, deficiente mental, y con sólo dos extremidades, que se encontraba ingresado en una clínica de Leipzig. En 1939 la Alemania Nazi aprobó una norma por la que se obligaba a informar a las autoridades, del nacimiento de niños con defectos físicos, y tres peritos decidían si el niño debía o no seguir viviendo. Poco después, Hitler dictó las normas legales que legitimaron la eutanasia en Alemania. Por primera vez en la historia, una autoridad política, emanada de unas elecciones de las referencias en la literatura médica y paramédica acerca del suicidio se remontan a Hipócrates (siglo IV a.c.), que lo define como síntoma autodestructivo18, pero no es hasta el siglo XX que los médicos pasan de la descripción fenomenológica del acto o conducta suicida a la investigación de su esencia y causas (Gómez & Fardales, 2012a)

Esta búsqueda comenzó por las teorías sociológicas, las cuales se basan en los estudios realizados por el sociólogo francés Emil Durkheim a partir de los años 90 del siglo XIX. La filosofía francesa desde Rousseau, al subrayar el estado natural del hombre, había transformado el pecado del hombre en un pecado de la sociedad, afirmando que es la sociedad la responsable de la conducta de aquel y no este (el hombre). Este fue el principio que siguió el sociólogo francés al investigar el suicidio, considerando que este "depende principalmente de causas externas que rigen a la gente y no de las cualidades internas del individuo"(Gómez & Fardales, 2012a).

Para Durkheim, el suicidio es el resultado de las influencias y el control de la sociedad sobre el individuo (Durkheim, 1985), por lo cual el número de suicidios varió inversamente al grado de integración de los grupos sociales de los que el individuo forma parte. Él realizó una clasificación etiológica que corresponde a las distintas causas de suicidio, destacando cuatro tipos fundamentales: egoísta, altruista, anómico y fatalista. El suicidio egoísta se debe, según él, a las causas que condicionan el alejamiento del individuo de la sociedad, la cual deja de ejercer una influencia reguladora sobre él. La causa de los suicidios de este tipo está en la desorganización social y la perdida de los objetivos sociales, lo cual debilita los lazos sociales que atan al individuo a la sociedad y por tanto, a la vida.

Este estado general se refleja en la desintegración de los grupos sociales-religiosos, familiares, políticos, que influyen directamente sobre el individuo. Conforme a esto se suicidan más las personas que viven solas que las que forman parte de una institución, grupo o comunidad. El segundo tipo de suicidio (el altruista) se produce cuando los intereses personales son absorbidos por completo por los sociales, siendo la integración del grupo tan grande que el individuo deja de existir como persona independiente. Durkheim incluyo en este tipo las antiguas costumbres que exigían al individuo el suicidio ante determinadas circunstancias (en el caso de los esclavos por la pérdida del amo, entre los esquimales por la vejez, entre otras). En estos casos el suicidio es pedido por la sociedad y la persona no tiene otra posibilidad que suicidarse. Quitarse la vida en estos términos es honroso, y no hacerlo es ignominioso. El suicidio anómico, según Durkheim, se produce cuando la relación habitual del individuo y la sociedad se rompen repentinamente. Esto ocurre generalmente durante las conmociones sociales, las crisis económicas, en fin, cuando el individuo pierde la capacidad de adaptarse al medio, a las nuevas exigencias que resultan de las transformaciones sociales, perdiendo el nexo que lo une a la sociedad. Sirve de ilustración el caso de la persona que se suicida por la pérdida del empleo, de un familiar querido, de la fortuna, entre otras. Por último, el suicidio fatalista es aquel que se produce como resultado de un exceso de reglamentación que hace insoportable la vida. Este tipo de suicidio lo cometen las personas cuyo futuro esta despiadadamente tapizado y cuyas pasiones son violentamente comprimidos por una disciplina opresiva.

Para Durkheim, el suicidio es un acto consciente y planeado que refleja en forma ideal (con frecuencia tergiversada) las fuerzas sociales que empujan al hombre a suicidarse. El otro núcleo de concepciones lo conforman las llamadas teorías psicológicas, que se basan fundamentalmente en las ideas de Freud. A diferencia de Durkheim, Freud parte en el análisis del suicidio del individuo y de su mundo interno (intra psíquico). Según él, las causas del suicidio radican en la mente del individuo, en su psiquis y no en el medio social donde vive.

Los hombres según Freud, se identifican de forma ambivalente con los objetos que aman. Por eso, cuando son frustrados, el lado agresivo de la ambivalencia se dirige contra la persona internalizada. De esta forma, según él, el suicidio representa un homicidio de grado 18021, provocado por la hostilidad inconsciente contra el objeto amado e identificado de forma ambivalente. Así, una persona puede suicidarse

para asesinar la imagen existente en su pecho del padre amado temido. La concepción freudiana del suicidio, conocida como psicodinámica, fue desarrollada por muchos de sus seguidores.

Según Karl Menninger (1938), la hostilidad en el suicidio esta matizada por tres deseos: el de matar, el de ser matado y el de morir; observándose una conducta destructiva en todas estas instancias. Para este, el suicidio puede ser crónico, orgánico o focal. Es crónico cuando se realiza la autodestrucción por medio del ascetismo, invalidez neurótica, adicción alcohólica, conducta antisocial y psicosis; focal cuando aquella se centra en una parte del cuerpo, pudiendo ser a través de las automutilaciones, las enfermedades fingidas, los accidentes, la impotencia sexual, entre otras; y orgánico cuando se centra en los factores psicológicos de las enfermedades orgánicas, especialmente los componentes eróticos y agresivos. Zilboorg (1937) reconsideró esta concepción psicoanalítica, afirmando que en cada caso de suicidio se observa tanto una hostilidad inconsciente como una incapacidad poco común de amar a otros, haciendo así extensiva la dinámica intrapsíquica al mundo externo, con lo cual reconocía que el suicidio tenía causas tanto intrapsíquicas como extrapsíquicas, es decir externas a la conciencia. Desde este punto de vista, la ruptura de un hogar -por ejemplo- desempeña un papel importante en el desencadenamiento de un suicidio.

Litman (1967) alega que existen otros factores, además de la hostilidad, en la psicodinámica del suicidio. Entre estos factores sitúa la cólera, la culpa, la ansiedad, la dependencia, entre otras. También considera importantes los sentimientos de desesperanza, desamparo, abandono, a lo que se puede añadir la consideración común a muchos de que el estado psicológico de emoción intolerable, desespero insoportable o angustia insufrible también está asociada al suicidio. Otro tanto acontece con los estados depresivos. Los estudios psicoanalíticos del suicidio en la actualidad señalan que para caracterizar el estado de posible suicidio se deben tener presentes tres elementos: la breve duración de las crisis suicidas agudas, las cuales nunca llegan a prolongarse meses o años pues duran solo horas o días; la ambivalencia, dada por la dualidad de sentimientos y actitudes hacia la persona y su imagen introyectada (es la del que quiere y no quiere); y, por último, el ser un núcleo diádico, o sea un hecho que por lo general implica a dos personas.

Así se sostiene que, aunque el drama suicida se proyecta en el interior de una cabeza, las tensiones suicidas se desarrollan entre dos personas que se conocen bien una a la otra. Además de las teorías sociológicas y psicológicas del suicidio, existen también las teorías biologizadoras. Dentro de estas se destacan las neurofisiológicas, que hacen énfasis en un supuesto debilitamiento de las funciones cerebro-corticales elevadas y otros trastornos análogos, y las teorías genéticas, que resaltan la predisposición hereditaria hacia el mismo.

Lo más novedoso en el estudio del suicidio es la llamada teoría multifactorial, de general aceptación en la OMS y Cuba. Esta teoría considera al suicidio como un hecho en el que intervienen factores biológicos, psicológicos y sociales. El enfoque multifactorial considera que en un suceso X cualquiera puede intervenir tanto uno como dos como los tres factores, atribuyéndole a cada uno distinto peso específico en el suceso en cuestión. Los estudios del suicidio realizados conforme a esta teoría se basan, fundamentalmente, en la aplicación del método epidemiológico para determinar los factores de riesgo presentes en los distintos grupos sociales.

Los resultados obtenidos permiten realizar un trabajo profiláctico, el cual es un logro pragmático de esta teoría. Sin embargo, en el fundamento metodológico de la misma está el reconocimiento implícito o tácito de la renuncia a la búsqueda de la causalidad del suicidio. Algunos seguidores de esta teoría afirman que “no existen causas específicas de suicidio, aunque si factores que le predisponen (Gómez & Fardales, 2012b).

Está claro para ellos que no se puede tomar por causas las razones que alega todo aquel que intenta suicidarse, por eso el hecho de que las causas asignadas a cada caso difieren de las razones que comunican los sujetos que sobreviven al intento suicida. Los seguidores de esta teoría no se proyectan más allá del llamado factor de riesgo, el cual es identificado en muchos casos con la causa. La teoría multifactorial, por otra parte, aparece como resumen teórico de todas las interpretaciones anteriores del suicidio. La renuncia por esta teoría a la causalidad evidencia al carácter fallido de los intentos de sus procederes en este campo.

Para indagar en la causa del suicidio hay que ir primeramente a la causa de toda conducta humana, es decir al hecho de que el hombre antes de actuar concibe en su cabeza en forma de plan o proyectos los fines de su actuación, al hecho de que este plan o proyecto -que no es más que la idea rige como ley las modalidades de su actuación. Todo lo

que el hombre hace, en tanto que hombre y no animal, tiene necesariamente que pasar por su cabeza, por eso el producto de la actividad humana antes de existir como realidad objetiva debió existir primeramente idealmente. En fin, lo que el hombre hace no es más que la realización de sus ideas.

El suicidio es un acto humano y por tanto no escapa a esta regularidad. La causa inmediata del mismo es la idea suicida, en tanto que idea que el hombre realiza o ejecuta. La idea suicida es muy vieja, es tan antigua como la conciencia del hombre. Ella existe en la conciencia social de forma abstracta y genérica (como concepto), y los hombres al venir al mundo lo que hacen es tomarla, incorporarla a su conciencia individual. Por tanto, de lo que se trata no es de la creación del concepto del suicidio, sino de la elaboración de la idea del suicidio en cuanto al cómo, donde, cuando, entre otras.

La elaboración de la idea suicida pasa por varias etapas y debe estar acompañada o precedida del convencimiento del sujeto de la necesidad de suicidarse y la toma de decisión al respecto. Aún en los casos en que el suicidio aparece asociado a una forma de conducta aparentemente irreflexiva (bajo un trastorno situacional transitorio, reacción aguda, entre otras), siempre esta mediatizado por el acto consciente, aunque este último no obedezca a una meditación prolongada. Normalmente, la fundamentación racional del suicidio está precedida o acompañada de una serie de sucesos (desfavorables, negativos) que van convenciendo al hombre y cristalizan en la toma de la idea en cuestión como una solución (real o aparente) de sus problemas vitales. Lo que el paciente que intentó suicidarse refiere al psiquiatra no es más que el motivo (el último suceso en aquella cadena de sucesos negativos o desfavorables) que llevó al hombre a tomar la decisión (rompimiento de la medida) de intentar suicidarse.

Lo que se ventila en el dilema de suicidarse o no, no es más que el problema del sentido de la vida, cuestión ya resuelta como se vió por el pensamiento filosófico. La pérdida del sentido de la vida (pérdida real o aparente) es la causa inmediata de la elaboración y ejecución de la idea suicida. La causa de la pérdida del sentido de la vida, a su vez, debe buscarla en la incidencia de los factores biológicos, psicológicos, culturales, espirituales, entre otras. Hasta ahora, las distintas teorías médicas y paramédicas que han intentado explicar la causalidad del suicidio no han hecho más que tomar estos factores de forma aislada, independientemente unos de los otros. No han tenido en cuenta que

estos están sintetizados orgánicamente en el concepto "sentido de la vida", el cual aparece como suma, compendio, resumen de lo vivido.

El sentido de la vida no es algo abstracto, sino concreto. Y en esto hay que reprocharle al pensamiento filosófico precedente el haber propuesto solo soluciones abstractas a este problema. En su expresión subjetiva, el sentido de la vida humana está formado por un conjunto bastante amplio de metas, aspiraciones, deseos, entre otras, propio de cada individuo y su sistema de valores. El sentido de la vida es irrepetible entre los distintos sujetos y esto se debe a que cada uno de ellos ocupa un lugar único y específico en la sociedad. La conciencia no puede ser otra cosa que el ser consciente y el ser de cada individuo es irrepetible, coincidiendo con su proceso de vida real (*Tesi_Luis_G_Concepcion.pdf*, s. f.).

El proceso de vida real es el sustrato objetivo a partir del cual el hombre elabora su concepto de sentido de la vida. Los hombres debieran proponerse siempre metas alcanzables, con ello la sociedad se ahorraría gran cantidad de suicidios. Pero por desgracia, la mayoría de las personas no siempre tienen claro lo que quieren y menos aún se preguntan por la realidad o terrenalidad de sus aspiraciones. De aquí que no todo sujeto que declara sin sentido su vida, lo hace partiendo de una valoración objetiva de la misma.

En muchos casos la vida sigue teniendo objetivamente su sentido, lo que el individuo lo ha perdido de vista por errores lógicos, epistemológicos, axiológicos, entre otros. Claro que puede darse la situación en que la vida pierda objetivamente su sentido. Es el caso de las costumbres y tradiciones que en determinadas circunstancias obligan al hombre a suicidarse. Aquí el sujeto no tiene la posibilidad de elección, al menos con respecto al morir o no. El individuo ha constatado que ha muerto socialmente, solo le resta añadir a la muerte social la biológica.

La muerte social del hombre es equivalente a la pérdida total y objetiva del sentido de su vida. Pero para la psiquiatría y la medicina en general el interés debe recaer fundamentalmente en aquellos casos en que el suicidio se debe a una pérdida ilusoria del sentido de la vida, pues es aquí donde se encuentran ante un fenómeno típicamente morboso o enfermizo con los que se suicidan, ya nada queda por hacer.

En el orden pragmático la tarea es evitar que lo hagan. La mayoría de las personas que se suicidan lo han intentado con anterioridad. Es

necesario hacer distinción entre el intento suicida y el suicida frustre3, este último no es más que el acto suicida que no cumple su cometido dado la intervención de factores externos o a la aplicación de medios médicos eficientes y oportunos.

El intento suicida es cualquier acción mediante la cual el individuo se causa una lesión, independientemente de la letalidad del método empleado y del conocimiento real de su intención. El intento suicida es una figura distinta del suicidio. La mayoría de los autores de investigaciones al respecto concuerdan en afirmar que la finalidad del que intenta suicidarse no es hacerlo, sino llamar la atención sobre él, pedir ayuda, pero sin duda, entre el intento suicida y el suicidio existe una estrecha relación. El intento suicida es un grito de auxilio, siendo la respuesta del medio por su importancia crucial la que decidirá si el suicidio será o no finalmente consumado. La relación estriba en que el intento suicida evoluciona generalmente hasta el suicidio.

El intento suicida puede tener antecedentes. Las formas más simples de autoquiria (auto mutilación o amputación de partes del cuerpo) pueden presentarse con antelación al intento suicida, e incluso ciertos actos de temeridad (imprudencia, arrojo con demasía, entre otros), son en muchos casos conductas autodestructivas. Detrás del accidente del tránsito se esconde muchas veces un suicida potencial. La vida de Vicent Van Gogh (1853-1890) es ilustrativa en este sentido. El pintor, después de quemarse una mano y amputarse una oreja, intento dos veces suicidarse hasta que finalmente lo logró. Sin duda la elaboración y ejecución de la idea suicida pasa por varias etapas, partiendo desde la temeridad y las simples formas de autoquiria hasta el intento suicida y la consumación del hecho. Por eso, en lugar de hablar de conducta suicida, es más apropiado referirse a todo un síndrome: el síndrome de autodestrucción, donde el intento y el suicidio son solo sus formas más acusadas. La clínica psiquiátrica y la medicina preventiva deberían proponerse detectar los síntomas y signos de este síndrome desde sus estadios más tempranos, y con ello tendrían mayores posibilidades de éxito en su labor curativa y preventiva.

2. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO

Desde los años sesenta, con la creación de la asociación para la muerte digna en Estados Unidos, la cuestión de la eutanasia cambió en cuanto a su consideración. Desde la clásica defensa de la muerte

humanitaria, de las personas que sufrían condiciones de vida supuestamente indignas, se pasó a la exaltación de un supuesto derecho a que se mate a quien lo solicite, si se encuentra en condiciones subjetivas y objetivas de indignidad. Se defiende así un supuesto control sobre la propia vida mediante el homicidio eutanásico en nombre de la autonomía, precisamente de las personas que se encuentran en condiciones menos autónomas.

Mucho se ha insistido reiteradamente en que el derecho a la vida, y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, no conllevan un derecho a ser matado a petición propia. En este debate sobre la eutanasia, como en las ocasiones en las que se han rechazado proposiciones de ley sobre su legalización, el argumento mayoritario ha sido que en la eutanasia se produce un proceso de que, una persona mata a otra, lo que explica la intervención del Estado en proteger la vida humana en su momento más frágil. Por otra parte, en Estados Unidos, uno de los elementos considerados para superar la autonomía de quien se niega a un determinado tratamiento médico es, la intención suicida, que no es amparada, aunque no se sancione, por el ordenamiento.

El supuesto derecho a la muerte el cual posee una máscara, en nombre de una autonomía del paciente es la realidad jurídica de la eutanasia. Por lo tanto, se puede decir que no es lo mismo morirse, o dejar morir, que matar o ayudar a otro a matarse. Mientras que morirse es un hecho, dejar morir implica una conducta éticamente relevante, ya que unas veces procederá abstenerse de intervenir, o suspender el tratamiento iniciado, en los casos de enfermedades incurables.

Por otra parte, dejar morir, pidiéndolo o no el paciente, puede ser un acto inmoral y hasta criminal de dejación de los deberes de asistencia hacia el enfermo. Podría haber una omisión de la conducta éticamente debida hacia la persona enferma, cuando existiendo una mínima expectativa terapéutica, el facultativo dejase de aplicar el tratamiento o suspendiese las medidas de soporte vital indicadas por causar la muerte de alguien, ya sea de forma activa o pasiva, implica una acción transitiva que busca matar, lo que siempre es inmoral por ser contrario a la ley natural y a los más elementales principios de la ética.

De esta forma, se puede señalar que sin perjuicio en la eutanasia como el suicidio asistido la finalidad pueda ser compasiva, esta intención buena no hace bueno el medio empleado, y sólo puede modular o rebajar la responsabilidad, moral y jurídica, derivada de una acción

que significa "matar", es decir, terminar con la vida de una persona lex artis (*Conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la medicina (ver comités médicos, mala práctica*), así como con las peculiaridades personales de cada paciente (ver salud), apelando al respeto a la libertad o a la autonomía del paciente.

Desde un punto de vista jurídico, la eutanasia legalizada otorga el poder, al personal médico o de salud, de poner fin directamente a la vida de personas en condiciones especialmente dependientes. En este sentido, es una clara manipulación ideológica el que este poder se amplíe, precisamente en nombre de los derechos subjetivos de aquel de quien se considera, con parámetros de calidad, que está en una condición indigna.

3. CONCLUSIONES

El auxilio al suicidio y la eutanasia representan atentados contra la vida humana reprobables ética y jurídicamente, asegurar el respeto a la autonomía de la persona, está regulado jurídicamente, y debe de conciliar la atención a las previsiones y preferencias del otorgante, con la garantía de la legalidad, así como con las exigencias de la lex artis y los derechos y deberes de los profesionales de la salud

También es rechazable la obstinación terapéutica, o el privar a cualquier persona del derecho a asumir lo más serenamente posible su proceso de muerte, por ello, ante un enfermo terminal, con dolor físico y/o sufrimiento moral, lo más justo y humano es acompañarle, administrarle tratamientos proporcionados y paliar sus dolores, respetando siempre tanto la vida como la muerte.

Cabe preguntarse qué es la muerte y el morir para el hombre (plano filosófico) o analizar qué criterios clínicos son necesarios para el diagnóstico de muerte (plano científico-médico). Igualmente, es preciso valorar si es lícito adelantar por compasión la muerte de alguien (plano ético), al tiempo que establecer las consecuencias que esa reflexión debe tener en el derecho positivo (plano jurídico).

Finalmente, una mirada desde el derecho ni remotamente se agota, esta es una temática que como dijimos al inicio es de mucha actualidad y que se mira de diferentes puntos de vista de interés para la humanidad.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abt, A. C. (2006). El hombre ante la Muerte: Una mirada antropológica. *Segundas Jornadas de Psicooncología XII Congreso Argentino de Cancerológia,* 11-12.

Baquedano, S. (2007a). ¿ Voluntad de vivir O voluntad de morir?: El suicidio en Schopenhauer Y mainlánder. *Revista de filosofía,* 63, 117-126.

Baquedano, S. (2007b). ¿Voluntad de vivir o voluntad de morir?: El suicidio en Schopenhauer y Mainlánder. *Revista de filosofía,* 63, 117-126. https://doi.org/10.4067/S0718-43602007000100009

Caamal, E. G. D., Peraza, E. M. C., Onel, I., Vela, C., Vera, A. P. M., & Chávez, J. G. V. (2013). Estudio de caso: Joven yucateco con intento de suicidio fallido. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 16(3), 972.

Durkheim, E. (1985). *Las reglas del método sociológico* (Vol. 86). Ediciones Akal.

Figari, L. F. (1995). La Biblia en castellano. *Biblioteca de la Congregación para el clero,* 2004-2006.

Gómez, J. A. M., & Fardales, E. A. P. (2012a). El por qué del suicidio: Enfoque médico y filosófico. *Gaceta Médica Espirituana,* 1(1), 7.

Gómez, J. A. M., & Fardales, E. A. P. (2012b). El por qué del suicidio: Enfoque médico y filosófico. *Gaceta Médica Espirituana*, 1(1), 7.

Juramento Hipocrático. (s. f.). Juramento hipocrático, 27.

Kerkhoff, M. (1978). El Suicidio Estetico (Kaffiot Anasia). *Diálogos,* 31, 39-58.

Mendoza-Villa, J. M., & Herrera-Morales, L. A. (2016). Reflections on euthanasia in Colombia. *Revista Colombiana de Anestesiología,* 44(4), 324-329.

Monografias.com, yuliyami. (s. f.). Análisis Filosófico del término valor—Monografias.com. Recuperado 23 de septiembre de 2019, de https://www.monografias.com/trabajos14/nuevmicro/nuevmicro.shtml

Pérez Valera, V. M. (2017, enero 27). #REFLEXIÓNIBERO: El reto de la eutanasia. Recuperado 23 de septiembre de 2019, de IBERO website: href

Philippe, A. (2007). *Morir en Occidente: Desde la Edad Media hasta nuestros días.* Adriana Hidalgo, Buenos Aires.

Rivera-Sotelo, A.-S. (2011). El utilitarismo de Jeremy Bentham¿ fundamento de la teoría de Leon Walras? *Cuadernos de economía,* 30(55), 55-76.

Sabogal, G., & Rossini, Y. (2006). Educación en riesgo suicida, una necesidad bioética. *Persona y bioética,* 10(2), 82-98.

Tesi_Luis_G_Concepcion.pdf. (s. f.). Recuperado de https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/360586/Tesi_Luis_G_Concepcion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Recibido: 29/05/2019

Aprobado: 04/11/2019

Ab. Brenner Fabian Diaz Rodriguez Esp. Mg.: Docente de la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo.

Correo electrónico: bfdiaz@sangregorio.edu.ec

Ab Karen Lorena Briones Cedeño: Analista II- Investigación de la UNESUM

Correo electrónico: karen.briones@unesum.edu.ec

La política pública migratoria ecuatoriana en el caso de la crisis migratoria venezolana

The Ecuadorian migratory public policy in the case of the Venezuelan migration crisis

PhD. Mauricio Burbano Alarcón
Docente titular PUCE

Mg. Abraham Zaldívar
Docente PUCE

Ab. Mónica Fernanda Vera Puebla
Investigadora jurídica

Artículo Original (Análisis)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 121-137, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El artículo tiene por objetivo analizar la política pública migratoria del Ecuador frente al caso de la crisis migratoria venezolana, tomando en consideración el periodo comprendido entre agosto de 2018 hasta mediados del año 2019. Se elaboró a partir del marco teórico de los derechos humanos. Los datos para el análisis son tomados a partir de la información contenida en notas de prensa, declaraciones de funcionarios públicos, normas legales y decisiones judiciales. Los resultados muestran que el marco jurídico inclusivo y garantista de derechos en materia migratoria del Ecuador contrasta con acciones del poder ejecutivo tendientes a la limitación de derechos y trato diferenciado hacia las personas de nacionalidad venezolana en su ingreso y tránsito por el país. Se concluye que se ha implementado una política pública migratoria securitista que contradice el marco constitucional y legal existente.

PALABRAS CLAVES: Ecuador, Venezuela, inmigración, política pública, crisis humanitaria.

ABSTRACT: This article has the objective to analyze immigration public policy of Ecuador in the case of Venezuelan immigration crisis, taking into consideration the period from August 2018 until mid-

2019. The research is based on a theoretical framework of human rights in which the data for the analysis are taken from the information contained in press releases, declarations of public officials, legal norms and judicial decisions. The results show that the inclusive and guarantee legal framework of rights in immigration matters of Ecuador contrasts with actions of the executive branch aimed at limiting rights and differentiated treatment towards people of Venezuelan nationality in their entry and transit through Ecuador. It is concluded that a securitist migration public policy has been implemented that contradicts the existing constitutional and legal framework.

KEY WORDS: Ecuador, Venezuela, immigration, public policy, humanitarian crisis.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las migraciones Sur-Sur es uno de los acontecimientos que la región suramericana ha afrontado en las últimas décadas, intensificado en los últimos años por la crisis que atraviesa Venezuela. La ola migratoria venezolana, que se agudizó en el año 2018, provocó que países de tránsito o destino de migrantes venezolanos implementaran políticas securitistas y restrictivas de derechos con el argumento de precautelar sus soberanías territoriales, escudándose con el argumento de una política de migración ordenada, segura y regulada. En el caso de Ecuador, se emitieron en el año 2018 varias resoluciones ministeriales que provocaron una regresividad de derechos para las personas migrantes venezolanas. Además, se generalizó un discurso proveniente de autoridades estatales y replicado por los medios de comunicación, con el riesgo de afianzar la xenofobia y la inseguridad de las personas migrantes en el país. En este sentido, resulta pertinente analizar la política pública migratoria ecuatoriana.

En cuanto al marco teórico empleado, se parte del principio de que el principal responsable de la política pública es el Estado y como tal, la política pública debe estar alineada y en concordancia con la normativa constitucional vigente, y a su vez, las normativas particulares deben ser consecuentes con los principios constitucionales. En el caso de la Constitución de 2008, el principio orientador es el *Buen Vivir* o *Sumak Kawsay*. El Buen Vivir como principio filosófico requiere ser operativo para poder guiar el plan nacional de desarrollo y las políticas públicas concretas. Desde una aproximación operativa al Buen Vivir, este llega

a su cumplimiento en el caso que se posibilite el "goce efectivo de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (…)" (León, 2015, p. 35). En definitiva, la política púbica deberá estar guiada por un marco normativo e institucional que garantice el cumplimiento efectivo de los derechos. En el caso de la migración, esta perspectiva se vuelve más pertinente debido a que en la Constitución de 2008 la movilidad humana está contemplada en el ámbito de los "derechos de las personas y grupos de atención prioritaria" (capítulo 3). Así, en el Art. 35 se contempla que las personas en movilidad humana "recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado", por lo que la política pública migratoria deberá estar acorde a estos lineamientos. En este contexto, este artículo analiza la política pública desde una perspectiva de derechos. Se parte de la normativa ecuatoriana en materia de movilidad humana, para luego analizar la actuación del Estado ecuatoriano de cara a la crisis migratoria venezolana, centrándose especialmente en los acontecimientos desencadenados en agosto de 2018 hasta mediados del año 2019, en donde el hecho más relevante fue la exigencia de pasaporte a los ciudadanos venezolanos.

1. LA NORMATIVA ECUATORIANA EN MATERIA DE MOVILIDAD HUMANA

Desde el ámbito legal, el Ecuador quiere presentarse como un ejemplo de protección jurídica y apego a los más altos valores de defensa de las personas en situación de movilidad humana. En una rápida revisión, puede confirmarse que el país ha firmado y ratificado más de diez tratados internacionales en materia de protección de migrantes y derechos de las personas en movilidad.[25] Adicionalmente, y como reflejo de algunos de los principios que fundamentaron el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano de finales del siglo XX y principios del

25 Entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990, y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos sobre Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes de 2000.

siglo XXI, el texto constitucional ecuatoriano de 2008 regula y protege ampliamente a las personas extranjeras en el Ecuador. Así, en varios de sus artículos, se estipula la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional, la prohibición de discriminación por el estatus migratorio, el derecho de asilo y refugio, el principio de no devolución, y la enunciación expresa de que ninguna persona será considerada ilegal por su condición migratoria. Además, el propio texto constitucional encarga al Estado de velar y hacer cumplir los derechos de las personas en movilidad humana (Constitución Política del Ecuador, 2008, arts. 9, 11, 40, 41 y 392)[26].

Como complemento jurídico, la Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017 establece cuatro principios rectores de la política pública en materia migratoria, que constituyen pilares de toda la actuación funcionarial: la ciudadanía universal, la libre movilidad humana, la igualdad ante la ley y no discriminación, y la interpretación y aplicación pro – persona en materia de movilidad humana[27].

---

26 En el ámbito normativo, hay que considerar que el Estado ecuatoriano, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual los estados partes se comprometen a respetar, garantizar y promover el derecho a circular y residir en el territorio. Además, en base al art. 11, numeral 3, de la Constitución del Ecuador señala que los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte y por lo tanto la jurisprudencias como las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) deben ser aplicadas en las normativas emitidas por las entidades estatales.

27 La descripción de estos cuatro principios se establece de la siguiente manera: Ciudadanía Universal: el reconocimiento de la potestad del ser humano para movilizarse libremente por todo el planeta. Implica la portabilidad de sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, nacionalidad y lugar de origen, lo que llevará al progresivo fin de la condición de extranjero; Libre movilidad humana: el reconocimiento jurídico y político del ejercicio de la ciudadanía universal, implica el amparo del Estado a la movilización de cualquier persona, familia o grupo humano, con la intención de circular y permanecer en el lugar de destino de manera temporal o definitiva; Igualdad ante la ley y no discriminación: el Estado propenderá la eliminación de distinciones innecesarias en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de las personas, particularmente aquellas establecidas en normas o políticas públicas nacionales y locales; Pro – persona en movilidad humana: las normas de la presente Ley serán desarrolladas e interpretadas en el sentido que más favorezca a las personas en movilidad humana, con la finalidad de que los

Para consolidar ese marco normativo existen tres instrumentos en los que se definen las políticas del Ecuador en materia de movilidad humana y que, jerárquicamente, se derivan uno del otro. El primero de ellos, considerado la columna vertebral de la planeación y proyección política pública nacional, es el Plan Nacional de Desarrollo 2017 - 2021 Toda una Vida. En él se enuncia: "Ecuador (...) se ha convertido en un referente en materia de movilidad humana, que atiende a las poblaciones inmigrantes y emigrantes con políticas públicas generales –que benefician al conjunto de la población sin discriminación por situación migratoria– y específicas –para llegar con una atención precisa a problemáticas puntuales" (SENPLADES, 2017, p. 105).

El segundo instrumento, de nivel ministerial, es la Agenda de Política Exterior 2017 - 2021, que, siguiendo la proyección del Plan Nacional de Desarrollo, relaciona cinco objetivos de la política exterior del Ecuador para el lustro, entre los que se encuentra "promover el ejercicio de los derechos de las personas en movilidad humana en todas sus dimensiones" (MREMH, 2017, p. 58). En tercer lugar, y como forma de concretar todo lo anterior, el Plan Nacional de Movilidad Humana enuncia cuatro políticas públicas para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda (MREMH, 2018a):

a) Promover la ciudadanía universal y la libre movilidad en el ámbito internacional.

b) Fortalecer la protección de los derechos de la población en situación de movilidad humana.

c) Generar condiciones para fomentar una migración ordenada y segura.

d) Defender la diversidad, integración y convivencia de las personas en situación de movilidad.

Cabe afirmar, que estas cuatro políticas públicas están acordes al principio constitucional inspirador del Buen Vivir, que se vuelve operativo a partir de la garantía de derechos.

---

requisitos o procedimientos no impidan u obstaculicen el ejercicio de sus derechos. (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017, art. 2).

2. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO DE CARA A LA CRISIS MIGRATORIA VENEZOLANA

En relación con todo el marco normativo expuesto anteriormente, la actuación del Estado ecuatoriano ante la ola migratoria venezolana, entre agosto y septiembre de 2018, contradijo el discurso garantista y asumió una postura securitista y de regresividad de derechos. En esos meses, el gobierno ecuatoriano presentó el tema migratorio venezolano no solo como una crisis humanitaria, sino como un hecho que pondría en peligro la seguridad nacional. Así, de forma paradójica, Ecuador fundamentó su accionar legal, argumentando la protección de los derechos de los migrantes venezolanos, mientras se legitimaba mediáticamente su discurso esgrimiendo la protección de los intereses de los ecuatorianos.

El primer paso de toda una serie de actuaciones contradictorias fue la declaratoria, mediante Resolución 152 del 9 de agosto del 2018 por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, de una situación de emergencia del sector de movilidad humana en las provincias de Carchi, El Oro, y Pichincha, por el aumento del flujo migratorio venezolano. En dicha declaratoria se expresaba que el objetivo de la medida es "establecer un Plan de Contingencia y las acciones y mecanismos *necesarios para la atención humanitaria*" de los migrantes (MREMH, 2018b). Además, el Ministerio instruyó a las Mesas de Movilidad Humana para que coordinen con las carteras del Estado la ejecución de "todas las acciones para mitigar los riesgos y situaciones de emergencia" (Ibid.). Esta Resolución 152 que declaró la situación de emergencia resulta coherente con las leyes, las políticas públicas y el discurso establecido por Ecuador. No obstante, fue el antecedente para una serie de violaciones posteriores, y de desacato de algunas autoridades con relación a las medidas y acciones de defensa impulsadas por instituciones y organismos de la sociedad civil, y decretadas por los tribunales del país. Dicho desacato intentó ser justificado por el considerable aumento en el número de migrantes venezolanos que ingresaban por la frontera norte, sin considerar siquiera que la mayoría de ellos entró en Ecuador solo de tránsito, y que seguían su trayecto hacia Perú o Chile. Según la Secretaría Nacional de Comunicación, hasta el mes de agosto del año 2018 habían ingresado al Ecuador un total de 641.353 venezolanos, aunque solamente un 18% (115.690) se quedó en el país (SECOM, 2018).

A la par de esa declaratoria de emergencia, y para justificar las subsiguientes acciones que se sucederían, se comenzó a divulgar un mensaje alarmista por parte de actores estatales, haciendo evidente el nuevo posicionamiento oficial del poder ejecutivo. El ministro del Interior del momento, Mauro Toscanini, afirmó ante la prensa el 6 de agosto de 2018: "Se dice que ayer había ocho mil. Estamos tratando de controlar eso de ahí, felizmente se queda en el país alrededor de un 15% de los que entran, pero también ha habido problemas epidemiológicos, enfermedades que no las teníamos hace 40 o 50 años: sarampión, fiebre amarilla, inclusive, un caso con sida... se hizo el cerco epidemiológico, pero son casos que realmente preocupan" (El Universo, 7 de agosto de 2018). Así, se presentó a los venezolanos como unos invasores no solo por la cuestión propiamente relacionada con la inmigración, sino también por ser propagadores de enfermedades y calamidades.

El detonante final de estas acciones fue establecido por el propio Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana mediante el Acuerdo Ministerial Nro. 242, con fecha 16 de agosto de 2018 (MREMH, 2018c). Ese día se tomó como medida migratoria solicitar, a partir del día 18 del mismo mes, la presentación del pasaporte a los ciudadanos venezolanos como requisito para el ingreso al territorio nacional, estableciendo con ello un trato diferenciado y discriminatorio con relación a otros migrantes comunes de países de la región, por cuanto la Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017), en su Art. 84, expresamente establece que "los ciudadanos suramericanos pueden ingresar, circular y salir del territorio ecuatoriano presentando solamente su documento de identificación nacional, por puntos de control migratorio oficiales. Los documentos de identificación emitidos por sus respectivos países constituyen documentos de viaje".

Dicha medida, que violentó expresamente la Ley Orgánica, no implicó ninguna protección a los derechos de los venezolanos, ni una defensa contra el tráfico ilícito de migrantes, ni un mecanismo de reconocimiento o registro de ciudadanos migrantes para fines operativos o estadísticos. Ante la crisis económica, social e institucional que se vivía en Venezuela, la exigencia de este requisito adicional y atípico a los ciudadanos suramericanos para ingresar a Ecuador, fue en realidad una forma de contención solapada. La conocida dificultad, e incluso imposibilidad, de muchos venezolanos para tramitar sus pasaportes, fue usada como creativa solución por la autoridad migratoria ecuatoriana. Esta actuación del MREMH constituye una violación manifiesta a los principales tratados internacionales en materia migratoria de los

que Ecuador ha suscrito, además de ser acciones no acordes con la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Movilidad, el Plan Nacional de Desarrollo, la Agenda de Política Exterior y del Plan Nacional de Movilidad Humana. Se negaron, directamente, los preceptos de ciudadanía universal, libre movilidad, igualdad ante la ley y aplicación de normas favorables a los migrantes. Se negó también cualquier enunciado de protección a los migrantes venezolanos, cuya recepción internacional había sido incluso solicitada por la ACNUR en el marco de la crisis migratoria (ACNUR, 2018).

Adicionalmente a la violación legal, se continuó alentando desde el propio Estado la estigmatización del migrante venezolano que alimentó una opinión pública de rechazo hacia dicha población. Con relación a la medida de exigencia del pasaporte, en una entrevista concedida al diario El Comercio pocos días después, el Ministro del Interior manifestó que con esta medida se iban a "mitigar" delitos como la "trata de blancas, mitigar también la migración indiscriminada". Además, afirmó que "el bienestar de los ecuatorianos está por arriba de todo y el bienestar de los mismos venezolanos, porque en el momento que tengamos aquí 500.000 o un millón, no solo los ecuatorianos no van a recibir ciertos servicios, sino estos mismos venezolanos que están en el país" (El Comercio, 19 de agosto de 2018).

Se recurre así a argumentos alarmistas, debido a que el número de venezolanos que se quedó en Ecuador en esa época era menor a 300.000. Por otro lado, en esa misma entrevista el Ministro de ese entonces, Mauro Toscanini, reconoce que el argumento principal de la decisión de pedir pasaporte es el "control". Al ser indagado respecto a la legalidad de la medida, ya que la misma violaba el Art. 84 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, afirmó: "Simplemente es legal. Para mí es una cuestión legal (...) yo no soy abogado (...)". Se entrevé que la gestión de la crisis humanitaria venezolana no obedeció a criterios legales ni de protección de derechos humanos, sino a un posicionamiento de un funcionario público que impone su apreciación personal: "Cuando salgo en el centro (de Quito) se ven visos de xenofobia, lo cual está mal desde cualquier punto de vista, y me dicen, señor Ministro, el venezolano me está quitando el trabajo. Veo las redes sociales, las reacciones, los diarios, la gente que llama a las emisoras radiales... Hay un porcentaje altísimo, a lo mejor de un 90% o 95% (de gente), que está de acuerdo con esta medida" (Ibid.). Esto demuestra serias deficiencias en el manejo de la política pública migratoria por cuanto: a) Se quería aplicar una medida sin base legal; b) Se demostraba poco o nulo conocimiento de

la compleja temática de la movilidad humana a partir de declaraciones públicas imprecisas que corrían el riesgo de fomentar la xenofobia; c) Se evidenciaba una gestión de la migración securitista, en donde el Ministerio del Interior pasó a ser el principal actor público. Por otro lado, las medidas restrictivas, si bien no se apoyaban en la legalidad, encontraron apoyo en cierta opinión pública y en las redes sociales.

Frente a estos acontecimientos discriminatorios y de carácter regresivo de derechos, el viernes 17 de agosto de 2018, la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública del Ecuador, Centro de Derechos Humanos de la PUCE y la Misión Scalabriniana presentaron una solicitud de medidas cautelares para suspender la aplicación del Acuerdo Ministerial 242. Entre los alegatos que fueron presentados se mencionó la dificultad de obtener el pasaporte por parte de los venezolanos, la recomendación del ACNUR sobre el tratamiento a los migrantes venezolanos en la región, y la necesidad de protección particular para las niñas, niños y adolescentes que afrontarían una situación compleja en la frontera o una entrada irregular al país. Como parte de los fundamentos, se argumentó ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñas y Adolescencia que, desde mayo de 2018, ya el Observatorio Venezolano de Justicia advertía que "(...) para tramitar la cédula la población está supeditada a operativos que habilite el SAIME (Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería) para solicitarlo, ya que las oficinas del organismo muestran una severa falta de material, o el mismo es insuficiente para la demanda que se registra. La imposibilidad de cumplir con la obligación de expedir este documento ha llevado a que los niños que van a gestionar el instrumento por primera vez deban hacerlo exclusivamente en Caracas sin importar donde residan (...)" (Defensoría del Pueblo, 2018). En estas circunstancias "exigir pasaporte para el ingreso al territorio nacional, agravaría la situación de niños, niñas y adolescentes venezolanos quienes ya enfrentaban problemas debido a las dificultades para acceder a su documentación. Según cifras recabadas por UNICEF, desde el primero de enero hasta el 14 de agosto de 2018, 5.648 niños, niñas y adolescentes, en su mayoría provenientes de Venezuela, no habrían sido registrados en las entradas de la Unidad de Control Migratorio" (Ibid.). Por otro lado, la dificultad de conseguir pasaporte fue corroborada por el presidente de la "Fundación Venezolanos en el Exterior", Eduardo Febres, quien afirmó que "hay casos de personas que tienen un año y medio esperando un pasaporte que vale hasta $3.000, cuando un venezolano gana $ 1,50 al mes" (El Telégrafo, 21 de agosto de 2018).

Con estos elementos, la solicitud de medidas cautelares para detener la ejecución de las medidas migratorias contra las personas venezolanas fue aceptada por la Jueza a cargo, quien dispuso su inaplicación el propio viernes 17 de agosto. Durante el proceso, diferentes organizaciones de la sociedad civil y académicos presentaron *Amicus Curiae*, en el que se argumentó que "de acuerdo a la normativa nacional e internacional, dicha política coloca a las personas venezolanas que buscan ingresar a Ecuador en una situación de vulnerabilidad que viola su derecho a la libre circulación y residencia, y amenaza gravemente otros derechos, más aún cuando esta medida está direccionada hacia un determinado grupo de personas en función de su origen nacional"[28] . Asimismo, se presentaron estudios sobre los impactos psico-sociales que acarrea este tipo de medidas regresivas a los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, más aún cuando vienen acompañados de sus familiares y que al momento de cruzar por la frontera se ven obligados a separarse.

Como respuesta inmediata a la medida cautelar impuesta por el poder judicial, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana emitió el Acuerdo Ministerial No. 244, con fecha 22 de agosto de 2018, donde aparentemente acogió lo dispuesto por la Jueza, pero impuso, en su lugar, la presentación por parte de los migrantes venezolanos de la cédula de identidad en conjunto con un certificado de validez "emitido por un organismo regional o internacional reconocido por el Gobierno del Ecuador" o "emitido por las entidades autorizadas al efecto por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, debidamente apostillado" (MREMH, 2018d). Esta medida se convirtió en la práctica en un juego jurídico, pues asume la prohibición declarada por la Jueza de exigencia de un tipo de documento (pasaporte), pero exige entonces otro tipo de documento, de igual dificultad para su obtención. Así, se incumple con el contenido material de la medida del Tribunal, con la esencia de su alegato, que se fundamenta jurídicamente en la protección de derechos de los migrantes venezolanos, y que se enuncia expresamente en los fundamentos jurídicos de la resolución judicial.

28 Amicus Curiae (20 de agosto de 2018) por Efrén Guerrero, Mónica Vera, Ana Navas, Harold Burbano, David Cordero y Gabriela Flores. Presentado ante la "Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia" con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito.

La violación al enunciado de su política pública continuó contra la población venezolana. El 28 de agosto del 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana aprobó el Acuerdo Ministerial Nro. 248 (MREMH, 2018e), que extendió el plazo de la situación de emergencia del sector de movilidad humana. En la frontera, la discrecionalidad administrativa convirtió el tema de la exigencia de documentación a los migrantes venezolanos en un calvario para miles de familias de ese país. Posteriormente, en enero del 2019 se emitió el Acuerdo Interministerial 001, entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Ministerio del Interior, el cual, argumentando "el propósito de garantizar la protección de todos los habitantes del país", impuso como nuevo requisito adicional a los migrantes venezolanos la presentación de un certificado de antecedentes penales, apostillado o legalizado (MREMH/MI, 2019a). Es necesario mencionar que dicho Acuerdo no estableció ninguna consecuencia migratoria para aquellos venezolanos que tuvieran antecedentes en sus registros penales. Ello demuestra que esta nueva exigencia de requisitos documentales solo pretendió obstaculizar aún más la movilidad de los ciudadanos venezolanos y su posibilidad de entrada regular al territorio ecuatoriano. En contraste, el flujo migratorio derivado de la crisis en Venezuela no dejó de aumentar. El Acuerdo Interministerial 002 (MREMH/MI, 2019b) del 1ro de febrero flexibilizó ligeramente la exigencia de antecedentes en algunas causales.

En uno de los apartados del Acuerdo Interministerial 001 se enuncia la previsión del aumento del flujo migratorio venezolano por causas vinculadas a la crisis política de aquel país, fundamentada en proyecciones estadísticas. Ante esta evidencia previsora, lógicamente inevitable, obstaculizar la entrada regular por la frontera terrestre no podía tener otra consecuencia que un aumento en los accesos irregulares y, por tanto, una migración indocumentada, sin registros oficiales. Durante todo este contexto, la propia prensa ecuatoriana hizo eco del aumento del acceso irregular de venezolanos (El Universo, 21 de agosto de 2018). Esto terminó siendo un contrasentido político, pues limita tanto la posibilidad de acción del Estado, como la protección debida a personas en situación de vulnerabilidad. En su lugar, la respuesta política de Ecuador pudo haber sido más coherente con el fenómeno, como lo fue la de Colombia, que priorizó la búsqueda de soluciones y condiciones para la llegada o tránsito de los ciudadanos venezolanos.

Adicionalmente, el 21 de enero de 2019, el presidente Lenin Moreno emitió en su cuenta oficial en Twitter un mensaje en el que afirmó

“Les hemos abierto las puertas, pero no sacrificaremos la seguridad de nadie” (Moreno, 20 de enero de 2019) en referencia a un hecho de femicidio en Ibarra en el que participó un ciudadano venezolano. Este pronunciamiento en la cuenta oficial el primer mandatario, alimentó las expresiones de xenofobia de la población ecuatoriana como se puede constatar en las respuestas de este twitter y en las acciones de ciudadanos ecuatorianos contra venezolanos en la ciudad de Ibarra. Frente a esto, las asociaciones de venezolanos “pidieron a los funcionarios ‘prudencia’ y criticaron que algunos ‘hayan podido dar algunas declaraciones que pudieron ser tomadas para agitar los ánimos” (Diario El Norte, 21 de enero de 2019).

En todo caso, la preocupación por la situación de los venezolanos en Ecuador traspasó fronteras. En un comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fechado el 27 de febrero de 2019, expresó preocupación por las decisiones del gobierno ecuatoriano. Según dicho comunicado, el aumento de los controles policiales y migratorios en los puntos fronterizos del Ecuador se realizaba sin considerar “la implementación de adecuadas salvaguardas que permitieran a las autoridades identificar y atender casos que presenten vulnerabilidades y/o necesidades de protección” (OEA, 2019). La CIDH también expresó preocupación por hechos de expulsión masiva de venezolanos en las zonas fronterizas, y alertaba que “la falta de canales legales, regulares y seguros para migrar ocasiona que las personas recurran a canales clandestinos de la migración irregular, a través de riesgosas rutas terrestres y marítimas para ingresar por puntos ciegos” (OEA, 27 de febrero de 2019).

En marzo de 2019, la Defensoría del Pueblo activó un mecanismo jurídico más coherente al presentado en agosto del 2018. En aquel momento, se había solicitado la inaplicación de medidas migratorias alegando la protección de derechos a las personas migrantes, pero no se impugnaron dichas normas. Se demandó la inconstitucionalidad de las medidas discriminatorias promulgadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y del Ministerio del Interior ante la Corte Constitucional, alegando el trato desigual a la población venezolanos, así como también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, derecho al refugio y principio de no devolución, interés superior del niño, derecho a migrar, entre otros. La demanda fue admitida por la Corte Constitucional y aceptada la aplicación de medidas cautelares para suspender, temporalmente, la aplicación de los acuerdos ministeriales 242 y 244, e interministeriales 001 y 002.

Finalmente, el 3 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia en la cual las partes sustentaron sus argumentos, así como también se presentaron *Amicus Curiae*. Con todo, el discurso del Estado ecuatoriano se mantuvo en el enfoque de la seguridad.

3. CONCLUSIONES

La actuación del gobierno ecuatoriano ante el reto de la inmigración provocada por la crisis venezolana demuestra un accionar errático en relación con su política migratoria al menos en el periodo comprendido entre agosto de 2018 y mediados de 2019. El hecho más relevante en este periodo fue el pretender imponer pasaporte a los venezolanos, medida ilegal debido a que violentaba la Ley Orgánica de Movilidad Humana en su Artículo 84. A pesar de que se aceptaron las medidas cautelares por la Jueza a cargo, disponiendo que se anule la medida de petición de pasaporte, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana mediante el Acuerdo Ministerial No. 244 (del 22 de agosto de 2018) resolvió pedir arbitrariamente un "certificado de validez" de la cédula de identidad venezolana. Este actuar evidencia no una simple contradicción entre los poderes del Estado, sino una vulneración a los fundamentos que sustentan el esquema político republicano. El equilibrio de los poderes públicos exige un sometimiento conjunto a las competencias de cada función, y en ello radica la eficacia de una democracia contemporánea. La historia política latinoamericana, y en particular la ecuatoriana, demuestra este tipo de vulneración al respeto político entre poderes, principalmente mediante un sobredimensionamiento presidencialista . Lo llamativo en este caso en particular es que el ataque no fue dirigido solamente a las resoluciones del poder judicial o a las normativas del poder legislativo, sino incluso al propio diseño de las políticas públicas que emanan directamente del poder ejecutivo.

Como se pudo demostrar a lo largo del artículo, se evidencia la construcción e improvisación de políticas de movilidad humana de acuerdo con la coyuntura del momento, saltándose el ordenamiento jurídico vigente. Esto muestra que las acciones por parte del Estado ecuatoriano reflejan una falta de coherencia y sistematicidad en sus políticas públicas migratorias, que se evidencian inconsistentes para enfrentar el fenómeno migratorio desde un enfoque de derechos humanos, en respeto a la Constitución de 2018 y los instrumentos internacionales en materia de movilidad humana. Para corregir

esta situación, correspondería establecer un esquema de políticas públicas desde las instituciones de gobierno en concordancia con la Constitución y su principio del Buen Vivir que se fundamenta en el acceso efectivo a derechos, en lugar de violar abiertamente el esquema normativo vigente.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR (2018). Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Recuperado de: https://www.refworld.org.es/docid/5aa076f74.html

Constitución Política del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Defensoría del Pueblo (2018). Medidas cautelares para evitar que se aplique la exigencia del pasaporte a población venezolana. 17 de agosto de 2018. Recuperado de https://www.dpe.gob.ec/medidas-cautelares-para-evitar-que-se-aplique-la-exigencia-del-pasaporte-a-poblacion-venezolana/

Diario El Norte (21 de enero de 2019). Comunidad venezolana denuncia manifestaciones racistas y xenófobas. Recuperado de https://www.elnorte.ec/actualidad/comunidad-venezolana-denuncia-manifestaciones-racistas-y-xenofobas-GK297866

El Comercio (1ro de mayo de 2019). Ecuador extiende al 31 de mayo de 2019 emergencia por flujo migratorio de venezolanos. El Comercio. Recuperado de https://www.elcomercio.com/actualidad/emergencia-migracion-venezolanos-movilidad-humana.html

El Comercio (29 de marzo de 2019). Ecuador extiende a abril de 2019 la emergencia ante flujo migratorio de venezolanos. El Comercio. Recuperado de https://www.elcomercio.com/actualidad/emergencia-migracion-venezolanos-cancilleria-extension.html

El Comercio (28 de febrero de 2019). Ecuador amplía a marzo la emergencia migratoria en tres provincias. El Comercio. Recupera-

do de https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-emergencia-migracion-venezolanos-provincias.html

El Comercio (30 de enero de 2019). Ecuador extiende hasta febrero de 2019 la emergencia migratoria. El Comercio. Recuperado de https://www.elcomercio.com/actualidad/emergencia-migracion-venezuela-frontera-ecuador.html

El Comercio (19 de agosto de 2018). Mauro Toscanini: 'Para nosotros es legal y legítimo pedir el pasaporte'. Recuperado de https://www.elcomercio.com/actualidad/maurotoscanini-entrevista-pasaporte-migrantes-venezolanos.html

El Telégrafo. (21 de agosto de 2018). Venezolanos presentarán una carta al presidente Lenín Moreno. El Telégrafo. Recuperado de https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/ecuador/1/venezolanos-carta-presidente-lenin-moreno

El Universo (7 de agosto de 2018). El 15% de venezolanos que entra se queda en Ecuador. Recuperado de https://www.eluniverso.com/noticias/2018/08/07/nota/6896078/15-venezolanos-que-entra-se-queda-ecuador

El Universo (21 de agosto de 2018). Exigencia de pasaporte desata paso irregular de venezolanos a Ecuador. El Universo. Recuperado de https://www.eluniverso.com/noticias/2018/08/21/nota/6915947/exigencia-pasaporte-desata-paso-irregular-venezolanos

García Villegas, M. (2002). Notas preliminares para la caracterización del Derecho en América Latina. El otro Derecho, 26-27, pp. 13-48.

León, M (2015). Del discurso a la medición: Propuesta metodológica para medir el Buen Vivir en Ecuador. Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos - INEC.

Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017). Registro Oficial Suplemento. Nro. 938, 6 de febrero de 2017.

Moreno, L. (20 de enero de 2019). #TodosSomosDiana [Tweet]. https://twitter.com/Lenin/status/1087051666669617153 Recuperado el 17 de mayo de 2019 de https://twitter.com/Lenin/

MREMH / MI. (2019a). Acuerdo Interministerial 001/2019. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana - Ministerio del Interior.

MREMH / MI. (2019b). Acuerdo Interministerial 002/2019. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana - Ministerio del Interior.

MREMH. (2018a). Plan Nacional de Movilidad Humana. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

MREMH. (2018b). Resolución 152/2018. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

MREMH. (2018c). Resolución 242/2018. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

MREMH. (2018d). Resolución 244/2018. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

MREMH. (2018e). Resolución 248/2018. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

MREMH. (2017). Agenda de Política Exterior 2017 - 2021. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

OEA (27 de febrero de 2019). CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador. (Comunicado de Prensa N.º 047 - 2019 – Organización de los Estados Americanos). Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp

SECOM (2018). Gobierno Nacional socializó acciones ante emergencia migratoria de ciudadanos venezolanos [Boletín]. Recuperado de: https://www.comunicacion.gob.ec/gobierno-nacional-socializo-acciones-ante-emergencia-migratoria-de-ciudadanos-venezolanos/

SENPLADES (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017 - 2021. Toda una Vida*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo - SENPLADES.

Recibido: 26/07/2019

Aprobado: 05/11/2019

PhD. Mauricio Burbano Alarcón: Docente titular PUCE

Correo electrónico: hburbano755@puce.edu.ec

Mg. Abraham Zaldívar: Docente titular PUCE

Correo electrónico: azaldivar@puce.edu.ec

La garantía de buen gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social vs. el rol de la Superintendencia de Bancos en el período 2015-2018

The guarantee of good governance of the Ecuadorian Institute of Social Security versus the role of the Superintendency of Banks

Abg. Patricia Elizabeth Borja Laverde
Investigadora jurídica independiente

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 139-181, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El presente documento introduce un análisis acerca de dichas actuaciones para lo cual, se tomará en consideración la legislación ecuatoriana, la Resolución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T) y los efectos de las medidas adoptadas, para determinar si las omisiones atribuidas al ex Superintendente efectivamente se configuraron; y, en este caso, se considerará si como consecuencia de aquello, la estructura de financiamiento y el patrimonio del Fondo de Pensiones del IESS han sufrido algún detrimento que pudiera vulnerar el derecho constitucional a la seguridad social de la población asegurada.

PALABRAS CLAVES: Ecuador, Seguridad social, Derechos sociales y económicos, Control de gestión.

ABSTRACT: This paper aims to analyse those legal actions related to the Ecuadorian law, the Resolution enacted by the CPCCS-T, and the consequences of the adopted measures, and as such, it seeks to determine whether the omissions attributed to the former Superintedent indeed they were configured, and, in this situation, it wil be considered if, as a result, the financing structure and the assets of the Pension Fund of the Ecuadorian Institute of Social Security has suffered great harm that could violate the constitutional right of social security of the insured population.

KEY WORDS: Ecuador, social security, Social and economic rights, Management audit.

INTRODUCCIÓN

La disímil estructura social y la necesidad de brindar protección a los seres humanos frente a cualquier contingencia que pudiera sobrevenirles, han motivado la intervención del Estado para equilibrar dicha desigualdad, a través de la aplicación de un sistema de seguridad social fundamentado en varios principios, uno de ellos, la solidaridad; de modo que, las prestaciones destinadas a cubrir los diversos riesgos sociales a los que se encuentran expuestos los seres humanos, sean entregadas con independencia de su nivel de ingresos y en un monto que les permita contar con un nivel de protección, al menos, básico.

De esta manera, la seguridad social se ha consolidado como la principal "forma de protección contra los riesgos sociales, los cuales son más o menos predecibles y pecuniariamente dañinos para aquellos a quienes les acaecen, ya que pueden reducir su nivel de vida o impedir la realización de una actividad profesional" (Euzéby 1977, p. 763); y, por tanto, como: a) un derecho humano de carácter económico social y cultural consagrado en varios instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, b) como un deber y responsabilidad primordial del Estado, puesto que a este le corresponde garantizar su goce y ejercicio, por medio de los siguientes mecanismos: a) control ejercido por una entidad a su nombre; b) contribuciones para el robustecimiento de las actividades de aseguramiento; y, c) legislación.

La seguridad social en Ecuador constituye un derecho irrenunciable de todas las personas y un deber y responsabilidad primordial del Estado, cuyos principios rectores son los siguientes: "solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas"[29], de acuerdo con lo previsto por la Constitución de la República del Ecuador.

El sistema de seguridad social ecuatoriano se encuentra conformado por tres instituciones públicas encargadas del aseguramiento de los ecuatorianos:

a) Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA);

29 Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.

b) Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL); y,

c) Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

Las dos primeras entidades tienen la misión de proteger a los miembros de la fuerza pública frente a cualquier contingencia que les suceda; mientras que la última, según lo dispuesto por el artículo 370 de la Constitución de la República del Ecuador[30], es una "entidad autónoma regulada por la ley, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados", a través de cuatro direcciones especializadas que corresponden a los cuatro seguros administrados por dicha entidad, a saber[31]: a) Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar; b) Dirección del Sistema de Pensiones; c) Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo; y, d) Dirección del Seguro Social Campesino.

En su desarrollo, el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social[32] dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) cuenta con "autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional". Para la organización y funcionamiento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Estado ecuatoriano, por medio de la Ley de Seguridad Social[33] ha establecido una serie de principios rectores, entre ellos, los siguientes: autonomía, división de negocios, control interno descentralizado y jerárquico, rendición de cuentas por los actos y hechos de sus autoridades; y el que, para efectos de esta investigación resulta fundamental, la *garantía de buen gobierno*. De acuerdo con el referido cuerpo normativo, la *garantía de buen gobierno* se traduce en el deber del Estado ecuatoriano de precautelar el buen manejo y funcionamiento del Seguro Universal Obligatorio administrado por el IESS, a través del control que debe ejercer la Superintendencia de Bancos.

30 Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.

31 El artículo 21 de la Ley de Seguridad Social establece que las direcciones especializadas constituyen "órganos de gestión, especializados en el aseguramiento de las contingencias y la calificación del derecho a las prestaciones que otorga el Seguro General Obligatorio".

32 Ecuador. (2001, noviembre 30). Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465.

33 Ecuador. (2001, noviembre 30). Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465.

A partir de aquello, esta investigación pretende realizar un análisis de las actuaciones del, entonces, Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, en lo atinente al Fondo de Pensiones del IESS[34], para lo cual se tomará en consideración: a) la Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, por medio de la cual, dicha entidad, como consecuencia de varias omisiones atribuidas a dicho funcionario, resolvió cesarlo en funciones; y, b) la normativa referente a las atribuciones de dicha entidad y de quien ostente el cargo de Superintendente de Bancos, con la finalidad de determinar si la conducta del Superintendente de Bancos del período 2015-2018, se ajustó a los cargos atribuidos por el Consejo de Participación Ciudadana Transitorio, mediante Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, como omisiones en el cumplimiento de sus funciones; para, en este caso, establecer las consecuencias de las omisiones alegadas para este Fondo administrado por el IESS y las respectivas recomendaciones frente a un escenario de esa índole.

Por tanto, para dar cumplimiento al presupuesto planteado, el presente texto estará dividido en tres partes fundamentales; así, en la primera parte, se abordará lo referente a la seguridad social en el Ecuador en relación con el rol de la Superintendencia de Bancos; en la segunda parte, se analizarán las omisiones alegadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, exclusivamente respecto del control sobre el Fondo de Pensiones del IESS, por parte del Superintendente de Bancos de aquella época, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez; y, en caso de que dichas omisiones se encuentren plenamente fundamentadas, se realizarán sugerencias para garantizar un control óptimo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, finalmente, en la tercera parte, se indicarán las conclusiones de la investigación realizada.

1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN ECUADOR Y EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS

En los párrafos precedentes se precisó que, de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, la seguridad social es un derecho humano de carácter económico social y cultural; cuya garantía de

34 El Fondo de Pensiones del IESS también es conocido como Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (Seguro IVM) o Seguro de Pensiones.

buen gobierno se encuentra a cargo de la Superintendencia de Bancos. En este sentido, el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador[35] dispone que: "Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. (...)". De esta norma se colige que la Superintendencia de Bancos tiene el deber de controlar las actividades económicas y los servicios prestados, entre otras, por las entidades públicas.

En concordancia con esta disposición, el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social[36], establece que el Estado deberá garantizar el buen gobierno del Seguro Universal Obligatorio, administrado por el IESS, a través de la Superintendencia de Bancos; para ello, el cuarto inciso del artículo 306 ibidem dispone que la Superintendencia de Bancos "controlará que las actividades económicas y los servicios que brinden las instituciones públicas y privadas de seguridad social, incluyendo los fondos complementarios previsionales públicos o privados, atiendan al interés general y se sujeten a las normas legales vigentes."; sin embargo, como fue detallado en los párrafos que anteceden, la máxima autoridad de esta entidad, en el período analizado, habría incurrido en varias omisiones que habrían sido el fundamento del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, para el cese de sus funciones como Superintendente de Bancos.

En desarrollo del mandato constitucional y legal, el artículo 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado[37], dispone que, a la Superintendencia de Bancos, por medio de la Intendencia Nacional del Sistema de Seguridad Social, le corresponde "controlar al IESS y principalmente las inversiones, los cálculos actuariales y la constitución, organización, funcionamiento y liquidación de las entidades depositarias del ahorro previsional".

Ahora bien, la Superintendencia de Bancos como ente de control del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es un "organismo técnico

35 Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.

36 Ecuador. (2001, noviembre 30). Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465.

37 Ecuador (2003, julio 7) Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial No. 119.

de derecho público, con personalidad jurídica, parte de la Función de Transparencia y Control Social, con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, cuya organización y funciones están determinadas en la Constitución de la República y la ley", cuya finalidad es efectuar "la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general". En este sentido, en el Código Orgánico Monetario y Financiero se han establecido las acciones o mecanismos de control y las correspondientes infracciones y sanciones en caso de incumplimiento, para el control efectivo de las instituciones a su cargo.

En lo que respecta al control de los organismos que forman parte del Sistema Nacional de Seguridad Social, es preciso destacar que Ley de Seguridad Social es el cuerpo normativo que confiere a la Superintendencia de Bancos el deber de garantizar a nombre del Estado el buen gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de conformidad con lo previsto por el artículo 18 y 306 de dicho cuerpo normativo, es decir, aquello constituye una potestad adicional a las conferidas a esta entidad por parte del Código Orgánico Monetario y Financiero.

No obstante, en la Ley de Seguridad Social no se ha desarrollado los mecanismos de control así como el régimen sancionador para la correcta vigilancia y supervisión de las instituciones que forman parte del Sistema Nacional de Seguridad Social, por ello, la Superintendencia de Bancos cuenta con una Codificación de Resoluciones en las que se ha desarrollado dichos particulares que, por su naturaleza, habría que considerar lo previsto por el artículo 132, número 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en el sentido de que se requerirá ley para "Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes". En este sentido, frente a esta problemática, la Procuraduría General del Estado[38], a través de una absolución de la consulta contenida en el Oficio N° 02574, del 06 de junio de 2019, realizada a solicitud

38 El artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente: "Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

de la Superintendencia de Bancos como organismo de control de las entidades del sistema de seguridad social, ha precisado lo siguiente:

"(...) como queda señalado, las disposiciones del referido Código Orgánico (Monetario y Financiero) están dirigidas a establecer el marco de políticas, regulaciones, supervisión. control y rendición de cuentas, exclusivamente respecto de los sistemas monetario y financiero y de los regímenes de valores y seguros, en los términos previstos en su artículo 613, sin referirse expresamente a las instituciones que integran el Sistema Nacional de Seguridad Social." En este sentido, de esta absolución de consulta se desprende que, a criterio de la Procuraduría el marco normativo para la correspondiente regulación, supervisión, control y rendición de cuentas en lo referente las instituciones del Sistema Nacional de Seguridad Social no se encontraría desarrollado por ninguna ley; empero, de la revisión del marco normativo vigente se podría determinar que lo único que no ha sido desarrollado es la normativa legal aplicable al régimen sancionatorio frente a inobservancias e incumplimientos normativos de parte de las instituciones sujetas a control de la Superintendencia de Bancos, no así el resto de actividades y los correspondientes mecanismos de control, por lo que, se podría advertir que el control no puede ser adecuadamente ejercido y tomando en cuenta que el establecimiento de infracciones y multas tiene reserva de ley de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, la Superintendencia de Bancos no estaría facultada para establecer infracciones y sanciones frente a incumplimientos por esta omisión legislativa.

En tal virtud, tomando en consideración los argumentos expuestos y previo al inicio del análisis referente a las omisiones atribuidas al ex Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, es preciso destacar que el Código Orgánico Monetario y Financiero[39], en su artículo 62, núm. 7, establece que una de las funciones de la Superintendencia de Bancos es "Velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las entidades sujetas a su control"; y, en complemento, el núm. 11 del mismo artículo, dispone que otra de las funciones de dicha entidad es "Cuidar que las informaciones de las entidades bajo su control, que deban ser de conocimiento público, sean claras y veraces para su cabal comprensión". Así mismo, el artículo 69 ibidem dispone que una de las atribuciones del Superintendente de

39 Ecuador. (2014, septiembre 12). Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 332.

Bancos es “2. Dirigir las acciones de vigilancia, auditoría, supervisión y control de competencia de la Superintendencia.”.

Ahora bien, una vez que se ha determinado las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y de la autoridad que dirige y representa a dicha entidad, en los párrafos que suceden, se procederá a examinar si estas atribuciones fueron incumplidas por el ex Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, de acuerdo con lo previsto en la Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio.

2. EL FONDO DE PENSIONES DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS) Y LAS ACTUACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, DURANTE LA ADMINISTRACIÓN DEL B.A. CHRISTIAN MAURICIO CRUZ RODRÍGUEZ

El Fondo de Pensiones es uno de los cuatro seguros o unidades básicas de negocio[40] administradas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuya finalidad es la cobertura de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, a través de las prestaciones de jubilación por vejez, por invalidez, montepío por viudedad u orfandad y auxilio en caso de funerales.

De acuerdo con lo previsto por la Ley de Seguridad Social y por la normativa emitida por el Consejo Directivo del IESS[41], dicho Fondo es financiado mediante reparto[42] y cuenta con las siguientes fuentes de financiamiento: a) el aporte personal y patronal, b) la contribución estatal del 40%[43] restituido a partir del 2019, por disposición de la Sentencia

40 El artículo 18 de la Ley de Seguridad Social consagra a la división de seguros como principio de organización del IESS, dicho principio determina que, para la administración de los seguros obligatorios, el IESS deberá dividirlos en unidades básicas de negocios, según la naturaleza de los riesgos y el proceso de entrega de las prestaciones.

41 De acuerdo con el artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, el Consejo Directivo del IESS es el máximo órgano de gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

42 Un sistema de reparto es un mecanismo de financiamiento por medio del cual los asegurados activos (cotizantes) deben financiar con sus aportes las prestaciones que correspondan a los asegurados pasivos (no cotizantes), para que, en el futuro, de igual manera, las nuevas generaciones cubran con sus cotizaciones las prestaciones a que tengan derecho.

43 El 40% de cada pensión es financiado por el Estado, mediante la contribución que

No. 002-18-SIN-CC, de la Corte Constitucional; y, c) la cotización del 2.76% realizada por los pensionistas para el financiamiento parcial de la décimo tercera y décimo cuarta pensiones jubilares, según lo establecido por la Resolución No. CD. 261 del Consejo Directivo del IESS.

Ahora bien, para iniciar con el análisis de las omisiones atribuidas al B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, en su calidad de Superintendente de Bancos, es preciso destacar que, durante su administración, se implementaron varias medidas calificadas como perjudiciales para la sostenibilidad del Fondo de Pensiones del IESS, por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, a saber: a) reformas legales tales como: la supresión de la contribución estatal del 40% para el financiamiento de las pensiones jubilares, restituida mediante sentencia No. 002-18-SIN-CC, de la Corte Constitucional; b) la cobertura con bonos de la contribución estatal del 40% durante los años previos a su eliminación en abril del año 2015, a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; c) reformas reglamentarias como la adopción de la Resolución No. CD. 501, mediante la cual se redujeron las tasas de aporte destinadas a los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte y Riesgos del Trabajo, con el propósito de incrementar la tasa del Seguro de Salud Individual y Familiar; y, d) la aplicación de la Resolución No. SB-2015-742, emitida por el propio ex Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, cuyo objeto fue declarar como reservados a los estudios actuariales y a los análisis que sobre ellos se realizare.

Respecto de lo anterior, es pertinente mencionar que varios informes de la Contraloría General del Estado acerca de los cambios de las tasas de aportación a los Fondos administrados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la información publicada por el IESS en el año 2018 y la sentencia No. 002-18-SIN-CC, de la Corte Constitucional, han determinado que, las dos primeras medidas carecieron del debido sustento legal y técnico; por ello, como se verificará más adelante, ambas han ocasionado la descapitalización de la reserva de este Seguro; mientras que, la tercera ha contravenido de forma expresa el principio de transparencia de la seguridad social, porque con ella se obstaculizó a los asegurados el conocimiento sobre la situación real de cada uno de los Fondos administrados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

---

anualmente debe realizar, mientras que el 60% restante debe ser cubierto por el IESS con los recursos provenientes de los ingresos por aportes, según lo establecido por la Ley de Seguridad Social.

Estas y otras situaciones fueron consideradas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T) como omisiones en las que habría incurrido el B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, en su calidad de Superintendente de Bancos, motivo por el cual, dicha entidad decidió cesarlo de sus funciones; no obstante, para efectos de esta investigación, únicamente se tomará en cuenta las medidas expuestas en el párrafo que antecede, pues, aquellas guardan estricta relación con el Fondo de Pensiones del IESS. A continuación, en la siguiente gráfica, se hará constar el caso alegado y la respectiva omisión atribuida al Superintendente de Bancos de aquella época:

Cuadro 1. Omisiones atribuidas al Superintendente de Bancos (período 2015-2018)

CASO	OMISIÓN
La eliminación del 40% de aporte estatal al Fondo de Pensiones, a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar y la cobertura con bonos de dicha contribución en los años previos a su supresión en el año 2015.	El Superintendente omitió velar por la estabilidad y solidez del IESS, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62, núm. 7 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Vulneró los principios rectores de la seguridad social, entre ellos, el principio de subsidiariedad[64] y los respectivos criterios de manejo del sistema de seguridad social.
La reserva de los estudios actuariales del IESS.	El Superintendente omitió considerar los principios rectores del sistema de seguridad social, en este caso, la transparencia[65].
La modificación de los porcentajes de aportación por medio de la Resolución No. CD. 501, aprobada por el Consejo Directivo del IESS.	El Superintendente omitió velar por la estabilidad y solidez del IESS, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62, núm. 7 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Vulneró los artículos 49 y 122 de la Ley de Seguridad Social[66], los principios rectores de la seguridad social y sus respectivos criterios de manejo.

Fuente: Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018 (2018, p. 23).
Elaboración: Patricia Elizabeth Borja.

44 El primer inciso del artículo 34 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que "El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de (...) subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas".

El principio de subsidiaridad o subsidiariedad, como se encuentra previsto y definido por el artículo 1 de la Ley de Seguridad Social, consiste en "el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados". Esta norma, en desarrollo del mandato constitucional, establece que el Estado tiene la obligación de fortalecer el sistema de seguridad social, en este caso, mediante la contribución estatal del 40%, suprimida por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar y posteriormente restituida mediante Sentencia No. 002-18-SIN-CC de la Corte Constitucional.

45 En el párrafo que antecede (Nota al pie de página No. 12), se indicó que el artículo 34 de la Constitución de la República del Ecuador establece que uno de los principios bajo los que se encuentra regida la seguridad social es la transparencia, la misma que, de acuerdo con la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensión (AIOS, 2003, p. 6), implica que "los afiliados tienen derecho a conocer, en todo momento, la información vinculada a cada uno de los seguros que conforman el sistema de seguridad social al que pertenecen"; por este motivo, "el ente encargado de la seguridad social, debe colocarla al alcance de los asegurados, con la finalidad de que puedan conocer la situación financiera, actuarial y jurídica de los distintos seguros que administra" (Borja, 2018, p. 50).

46 El artículo 49 de la Ley de Seguridad Social dispone que "Los fondos de las aportaciones acumulados por los asegurados para las distintas prestaciones del seguro social obligatorio y voluntario se mantendrán en forma separada y no se utilizarán en prestaciones diferentes de aquellas para las que fueron creados", es decir, los seguros administrados por el IESS son totalmente independientes, cuentan con sus propios recursos, estados financieros y estudios actuariales. Adicionalmente, esta norma establece que "Los fondos y reservas de los seguros de invalidez, vejez y muerte, riesgos del trabajo y cesantía, así como los del Seguro Social Campesino, se administrarán y mantendrán separadamente del patrimonio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y no podrán ser dispuestos ni inmovilizados para otros fines que no sean los expresamente determinados en esta Ley"; y, en relación con lo anterior, el artículo 122 ibidem, prohíbe "al Consejo Directivo y demás autoridades del IESS, por sí o por medio de la Administradora del Seguro General de Salud, la entrega de fondos de otros seguros para cubrir el déficit operacional de las unidades médicas institucionales".

Ecuador. (2001, noviembre 30). Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465.

2.1. La supresión de la contribución estatal del 40% al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y la cobertura en bonos de la contribución estatal del 40% previo a su supresión en abril del 2015

A partir de 1942, se incorporó la obligación legal del Estado de financiar el 40% de cada pensión entregada por el Fondo de Pensiones, la misma que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (abril 2015), por medio de la cual, se suprimió este deber estatal; y, en su lugar, se estableció una obligación de carácter subsidiario solo para el caso de que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no contara con los recursos suficientes para la cobertura de las prestaciones.

Durante los años previos a la eliminación de esta contribución, el Estado, según lo determinado por el Informe No. DADSySS-0036-2015 (2015, p. 39), de la Contraloría General del Estado, financió el 40% con bonos estatales entregados a 10 y 12 años plazo, a tasas de interés del 7% y 8%.

En tal virtud en las líneas subsiguientes se analizará lo atinente a las situaciones referentes a la contribución estatal del 40% en relación con las omisiones atribuidas al ex Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez.

2.1.1. La eliminación de la contribución estatal del 40% al Fondo de Pensiones del IESS

Acerca de esta primera omisión atribuida al Superintendente de Bancos cuya actuación es objeto del presente análisis, hay que destacar que el artículo 237 de la Ley de Seguridad Social (2001: 35), en lo referente al Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, dispuso que el 60% de las pensiones jubilares sería cubierto por el IESS; mientras que, el restante 40% debía continuar siendo financiado de forma obligatoria por el Estado.

El 20 de abril del 2015, el artículo 68.1 de Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 483, sustituyó al artículo 237 de la Ley de Seguridad Social, por la siguiente norma:

> Art. 237.- Financiamiento.- El Estado ecuatoriano reconoce el derecho a la seguridad social de todas las personas, independientemente de su situación laboral.
>
> El Estado Central será responsable subsidiario y garantizará el pago de las pensiones del Sistema de Seguridad Social únicamente cuando el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no cuente con los recursos económicos para cubrir las obligaciones en curso de pago del Seguro General Obligatorio y del régimen especial del Seguro Social Campesino.
>
> En este caso, se deberá incorporar en el Presupuesto General del Estado los recursos respectivos, aún sobre otros gastos. (Énfasis fuera del texto).

Como resultado de esta reforma y conforme a la Resolución No. CD. 475 del Consejo Directivo del IESS que contiene el presupuesto para el año 2015 (2014, p. 4), sólo en este año, el Fondo de Pensiones dejó de percibir la cantidad de USD. 1 266 175 151.88 dólares correspondientes al aporte estatal; por ello, para suplir ese rubro y cubrir el déficit de caja producido, el Seguro de Pensiones solo en el año 2016, tendría que tomar de su reserva "la suma de USD. 1 588 573 549.00 dólares, bajo la denominación de "Recuperación de Inversión"", como establece el artículo 2 de la Resolución No. CD. 507 del Consejo Directivo del IESS (2015, p. 4), la cual determinó el presupuesto para el ejercicio financiero del año 2016, ya sin el aporte estatal del 40% al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

Esta situación, nuevamente, ocasionó que en la Resolución No. CD. 545 del Consejo Directivo del IESS, acerca del presupuesto para el ejercicio financiero del año 2017, se proceda a otra "Recuperación de Inversiones", la cual "ascendería al monto de USD. 1 752 870 540.00 dólares" (Resolución No. CD. 545, 2016, p. 4). Así mismo, en la Resolución No. CD. 567 del Consejo Directivo del IESS, referente al presupuesto para el ejercicio financiero del año 2018, la recuperación de inversiones "alcanzaría USD. 1 669 581 655.00 dólares" (Resolución No. CD. 567, 2017, p. 6).

Esta "recuperación de inversiones" implica que ante la insuficiencia de recursos para el financiamiento de las prestaciones, el BIESS ha tenido que dejar de invertir los recursos de la reserva del Seguro de Pensiones, para entregarlos al IESS, con el objetivo de cubrir la totalidad

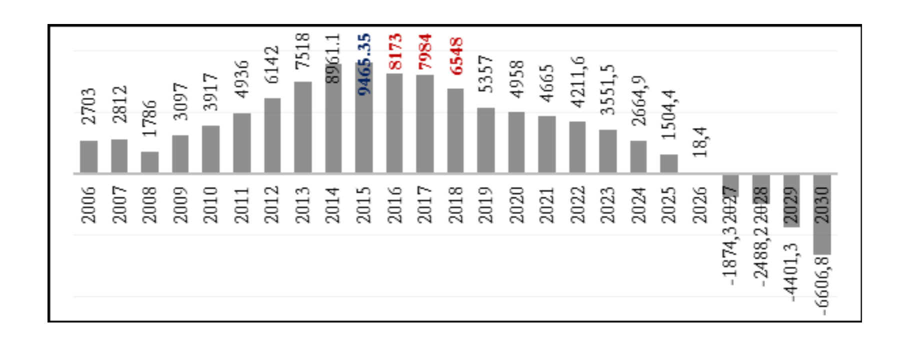
de las obligaciones, las cuales no alcanzan a ser financiadas exclusivamente con el aporte de la población afiliada; por lo tanto, durante este período 2015-2018, ya se ha producido una significativa disminución de esa reserva constituida durante años de ahorro, debido a que el IESS no ha contado, ni contará con esta contribución, pues apenas en el 2019 será restituida y de no ser porque, finalmente, el Lcdo. Lenín Moreno Garcés, en su calidad de Presidente Constitucional de la República del Ecuador, acogió las observaciones de la Asamblea Nacional, dicha contribución habría sido establecida de forma incompleta, puesto que el monto solicitado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social era notablemente superior al determinado por el Ministerio de Economía y Finanzas[47]. En el siguiente gráfico, se muestra la situación del ahorro previsional del Seguro de Pensiones del IESS:

47 En el Oficio No. T.099-SGJ-18-0959, remitido por el Lcdo. Lenín Moreno a la Asamblea Nacional, el primer mandatorio indicó lo siguiente: "En cuanto a la transferencia de recursos por el 40% del monto de pensiones a cargo del IESS, la Función Ejecutiva, en coordinación con el IESS, deberá establecer un mecanismo ágil y transparente, durante el primer semestre del 2019, para la determinación del monto anual correspondiente a dicha asignación. El Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social deben emitir un informe a esta Comisión con el detalle de los recursos asignados por parte del Gobierno Central al IESS para los fondos de Salud y Jubilación" (Oficio No. T.099-SGJ-18-0959, 2018, p.18). Así mismo, también ha manifestado que: "El Gobierno Nacional acoge la sugerencia. El Ministerio de Economía y Finanzas asignará los recursos necesarios para el 40%, previo al análisis y validación de las bases de datos del IESS". (Oficio No. T.099-SGJ-18-0959, 2018, p.18).

En el Presupuesto General del Estado para el 2019, se ha establecido que, por concepto de la contribución estatal del 40% al Seguro General y por la contribución para pensiones de riesgos del trabajo, se fijó un monto de USD. 1 242 153 866 dólares (R.O. 695, 2018, p. 210); no obstante, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social determinó un valor que asciende a los USD. 1 754 millones de dólares, esto significa que los ingresos nuevamente no alcanzaran a cubrir los egresos.



Cuadro 2. Evolución de la Reserva del Fondo de Pensiones



Fuente: Dirección Actuarial IESS e Informe No. DADSySS-0023-2017 de la Contraloría General del Estado.
Elaboración: Patricia Elizabeth Borja.

El argumento principal para la supresión del porcentaje de contribución estatal a este Seguro fue la presunta existencia de superávit de caja en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ya que, de acuerdo con lo manifestado por el ex presidente del Consejo Directivo del IESS, señor Richard Espinosa Guzmán, ante el Pleno de la Asamblea Nacional, durante el segundo debate del, en ese momento, proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, “en ingresos el IESS tendría un total de USD. 3469 millones de dólares y los gastos previsionales y de funcionamiento serían de USD. 2969 millones de dólares; por lo que la proyección presupuestaria del Instituto, a diciembre del 2015, demuestra que el IESS tendría superávit de USD. 509 millones dólares” (IESS, 2015).

Esta afirmación carece de asidero debido a que los aportes mensuales de cada afiliado son distribuidos en cada uno de los seguros administrados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es decir, no son destinados a un fondo común. Además, precisamente, por la insuficiencia de recursos, en los presupuestos correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018 (Resoluciones No. CD. 507, CD. 545 y CD. 567) se ha colocado como “ingreso” del Fondo de Pensiones, a los recursos que provienen de la reserva formada luego de años de aportes, los cuales, de ningún modo, pueden ser contabilizados como un ingreso porque son el resultado del ahorro previsional.

Las resoluciones No. CD. 507, CD. 545, CD. 567 y CD. 581, del Consejo Directivo del IESS, referentes a los presupuestos para el 2016, 2017, 2018 y 2019, son claras al determinar que los ingresos (aportes) del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, son inferiores a los egresos (gastos prestacionales); por esa razón, han tenido que realizar "recuperaciones de inversiones". En este sentido, esta situación lo único que evidencia es la insuficiencia de recursos en este Fondo (déficit de caja), situación que se ha presentado desde el año 2014, tal y como resalta el Memorando Interno No. IESS-DSP-2015-0001-M, de la Dirección del Sistema de Pensiones y consta en el siguiente gráfico:

Cuadro 3. Relación entre ingresos y egresos del Seguro de Pensiones del IESS

AÑOS	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
INGRESOS	1545.3	1903.4	2150.6	2366.9	2721.27	1615.8	1689.9	2141.3	2636.75
EGRESOS	1515.7	1891.6	2027.7	2411.5	3060.4	3431.8	3632.3	4019.7	4322.38
DIFERENCIA	29.6	211.9	122.9	**-44.5**	**-339.1**	**-1816**	**-1942.4**	**-1878.3**	**-1685.63**

Fuente: Memorando No. IESS-DSP-2015-0001-M y Resoluciones No. CD. 475, CD. 507, CD. 545.
Elaboración: Patricia Elizabeth Borja.

La constitucionalidad, la legalidad y la tecnicidad de esta reforma fueron muy cuestionadas, al punto de que fue objeto de varias demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, entidad que, luego de prácticamente tres años de vigencia de la arbitraria norma que suprimió la contribución estatal del 40% para el financiamiento de las pensiones jubilares, mediante Sentencia No. 002-18-SIN-CC (2018, p. 97), resolvió declarar la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 68. 1 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar y, en su lugar, dispuso que, a partir de la publicación del fallo en el Registro Oficial, el contenido de esta norma sea el siguiente:

> Art. 237.- Financiamiento.- El Estado ecuatoriano reconoce el derecho a la seguridad social de todas las personas, independientemente de su situación laboral.
>
> En todos los casos comprendidos en este Capítulo, el IESS cubrirá el sesenta por ciento (60%) de la pensión respectiva, y el Estado continuará financiando obligatoriamente el cuarenta por ciento (40%) restante; pero, en cualquier circunstancia, el IESS otorgará la prestación completa.
>
> Los recursos para el financiamiento del cuarenta (40%) por parte del Estado se deberán incorporar de manera obligatoria anualmente en el Presupuesto General del Estado.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma, la Corte Constitucional estableció que:

> (...) considera pertinente disponer que la sustitución de su contenido no surta efecto sino hasta que el ejecutivo proceda a la formulación de la proforma presupuestaria correspondiente al año 2019, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 294 de la Constitución de la República; y, por lo tanto, que el aporte del Estado correspondiente al 40% del fondo de pensiones deberá ser considerado en dicha proforma (...) (Sentencia No. 002-18-SIN-CC, 2018, p. 98).

Esta disposición es una clara muestra de que la Corte Constitucional no consideró que durante el período 2015-2018, el Estado no contribuyó con el financiamiento del 40% de cada pensión jubilar, como consecuencia de la inconstitucional supresión de dicha obligación; y que, por tanto, la aplicación de esta norma ha provocado que el BIESS haya debido entregar más de USD. 1 500 millones de dólares anuales (ahorro previsional para el financiamiento de las prestaciones de los futuros pensionistas) para la cobertura de las prestaciones de los actuales pensionistas, "en lugar de que el banco de propiedad del ente rector de la seguridad social continúe invirtiendo dichos valores para lograr el incremento de la reserva del Fondo de Pensiones, a fin de poder garantizar el derecho de todos los asegurados" (Borja, 2018, p. 112), de ahí que, para fines de septiembre del 2018, la reserva del Fondo de Pensiones, haya disminuido a USD. 6 548 millones de dólares, a pesar de que, para este año, se esperaba que ya bordeara los USD. 13 mil millones de dólares (Dirección Actuarial del IESS, 2013, p. 69).

Acerca de esta situación, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, ha establecido que:

> (…) el Superintendente no ha presentado ningún documento de descargo, que contradiga lo indicado en el Informe Técnico de Evaluación, o, que indique que tomó las medidas necesarias para ejercer sus facultades de vigilancia. El Pleno indica que, la Asamblea Nacional no le haya requerido la participación dentro de un proyecto que afectó directamente a uno de los entes que estaba bajo su control y, respecto de los cuales, el Superintendente debía vigilar que la normativa que afectaría al financiamiento de esta, por efecto de obligación que tenía de garantizar la estabilidad y solidez de esta institución (…) (Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, 2018, p. 25).

Esto significa que la justificación del ex funcionario carece de asidero, debido a que al alegar que su intervención no fue requerida por la Asamblea Nacional, durante la tramitación del, en ese entonces, Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, solo ratifica el incumplimiento de una de sus funciones, en este caso, velar por la solidez de las entidades sujetas a su control, tal y como dispone el Código Orgánico Monetario y Financiero, puesto que fueron de público conocimiento:

a) el tratamiento de este proyecto de ley;

b) las declaraciones del presidente del Consejo Directivo del IESS de esa época, señor Richard Espinosa Guzmán, en el sentido de que el IESS tenía superávit de caja;

c) las recomendaciones de estudios actuariales anteriores, en especial, el presentado por ACTUARIA en el 2013, con corte al 2010, en el que ya se advertía que, de eliminarse el porcentaje de contribución estatal del 40% al Fondo de Pensiones, "el déficit actuarial se incrementaría de 5.142 millones de dólares a 71 007 millones de dólares" (Actuaria Consultores Cía. Ltda., 2013, p. 8); y,

d) las advertencias y la oposición de expertos en materia de seguridad social y de las asociaciones de jubilados del Ecuador. Aun así, el exfuncionario no emitió ningún pronunciamiento al respecto y, ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, justificó su inacción con la tesis de que, al no

haber sido requerida su intervención por la Asamblea Nacional durante el tratamiento de esa reforma legal, no existió ninguna omisión de su parte.

2.1.2. La cobertura en bonos de la contribución estatal del 40% para el financiamiento de las pensiones jubilares

Acerca de este particular, el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, señala que:

La Contraloría General del Estado por su parte, en el seguimiento que hace al cumplimiento de estos convenios identificó que el Estado cancela los intereses en efectivo pero que el capital lo hace con bonos del Estado, particular que carece de todo sustento tanto más si las condiciones de los títulos mencionados, se han declarado reservados y ni este ente de control ha podido acceder a ellos (...) (Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, 2018, p. 25).

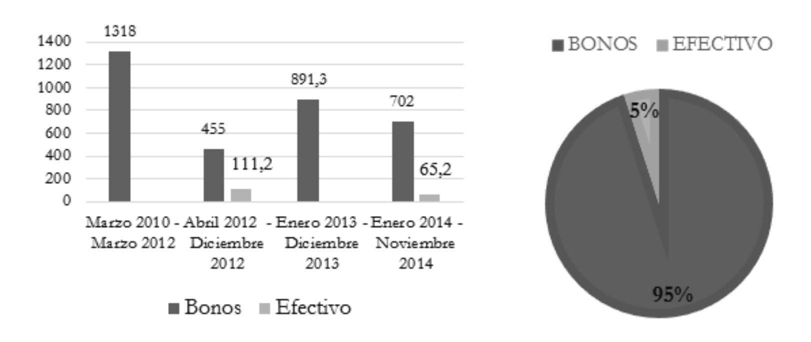
El pago del 40% al Seguro IVM en bonos, "no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 290[48] número 3 de la Constitución de la República del Ecuador pues, este rubro constituye un gasto permanente (Borja, 2018, p. 87); por ende, no se podía financiar con endeudamiento público, pues existe prohibición expresa en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; por esta razón, la Contraloría General del Estado, en el Informe No. DADSySS-0036-2015 (2015, p. 39), que contiene el *Informe General al cumplimiento de la normativa vigente en los procesos de endeudamiento público; su destino y utilización*, estableció que el Ministerio de Economía y Finanzas debe cumplir con "las obligaciones presupuestadas, relacionadas con la contribución del 40% para las pensiones jubilares a favor del IESS, las que por su naturaleza son gastos permanentes, en los periodos que correspondan, con cargo a los recursos de la caja fiscal.".

48 Esta norma constitucional dispone que "Con endeudamiento público se financiarán exclusivamente programas y proyectos de inversión para infraestructura, o que tengan capacidad financiera de pago. Sólo se podrá refinanciar deuda pública externa, siempre que las nuevas condiciones sean más beneficiosas para el Ecuador.", aquello significa que única y exclusivamente aquellos programas y proyectos serán financiados con endeudamiento público (bonos), pues lo referente a las contribuciones a la seguridad social constituyen un gasto permanente que no debe ser financiado con bonos.

Esta situación le ha provocado un perjuicio tanto al IESS como al Estado, debido a que el primero, al tener que financiar durante el período 2008-2014, el 100% de la pensión jubilar de un gran número de asegurados pasivos, no pudo tener mayores excedentes (superávit de caja) (desde el 2014, presentó déficit de caja), y tampoco pudo incrementar el ahorro previsional del Fondo de Pensiones; y, el segundo, porque "los intereses generados por concepto de los bonos, le representaron costos adicionales al Estado; por ello, resulta lógico que con deuda no se deba cubrir un gasto permanente" (Borja, 2018, p. 88).

En el siguiente gráfico se puede verificar el porcentaje que, entre el período 2010-2014, fue cubierto con bonos estatales entregados, como lo afirma Mónica Orozco, a 10 o 12 años de plazo, con una tasa de interés del 7% u 8%, aquello significa que estos compromisos de pago deberán hacerse efectivos a partir del año 2022." (Borja, 2018, p. 87).

Cuadro 4. Pago del 40% al Seguro de Pensiones con bonos estatales (en millones de dólares)



Fuente: Mónica OROZCO, 2015.
Elaborado por: Patricia Elizabeth Borja.

Por todo lo expuesto, el Pleno concluyó "el incumplimiento de las funciones del Superintendente al no haber tomado medidas diligentes para alertar sobre las consecuencias de la reformatoria del artículo 237 de la Ley de Seguridad Social." (Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, 2018, p. 25), es decir, que el Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez incumplió con sus

atribuciones constitucionales y legales; y, por tanto, no garantizó el buen gobierno del IESS, porque no precauteló la solvencia, estabilidad y solidez del Fondo de Pensiones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En este escenario, solo resta concluir con las siguientes interrogantes: ¿por qué el cesado Superintendente de Bancos no se pronunció respecto de esta reforma mientras estaba siendo tratada en la Asamblea Nacional?, ¿por qué no tomó en cuenta las recomendaciones de estudios actuariales anteriores en los cuales se advertía del peligro para la sostenibilidad del Fondo de Pensiones, si se suprimía la contribución estatal del 40%?, ¿por qué no se opuso a la supresión de esta contribución, si los ingresos al Fondo de Pensiones desde el 2014 ya no alcanzaban a cubrir los egresos?, ¿por qué no se pronunció acerca de las declaraciones del ex Presidente del Consejo Directivo del IESS, señor Richard Espinosa, respecto de la supuesta existencia de superávit de caja en el IESS?; y, finalmente, ¿por qué no garantizó el buen gobierno del IESS y permitió que se dejara en vilo el derecho constitucional a la seguridad social de la población asegurada?

Sin lugar a duda, no existen respuestas a todas estas interrogantes, lo único que existe es la resolución mediante la cual, este funcionario que incumplió con sus funciones fue cesado; aun así, el detrimento al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del IESS ya se ha producido.

Inclusive, la Contraloría General del Estado, en el Informe No. DNA7-0004-2019 (2019, p. 14) que contiene el "Examen Especial a las operaciones administrativas y financieras en el Sistema de Pensiones, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de mayo de 2018", ha determinado que este Fondo "tuvo que desinvertir USD. 4.282 millones de sus ahorros en el BIESS para poder cubrir gastos operacionales y prestacionales"; aun cuando hasta el año 2015, la reserva de este Fondo alcanzó los USD. 9 465 millones de dólares (Informe No. DADSySS-0023-2017, 2017, p. 9); y, a pesar de esto, hasta el momento no se avizora una solución a esta dramática situación.

2.2. La adopción de la Resolución No. CD. 501 y la sostenibilidad de los seguros involucrados en esta medida

El 13 de noviembre del 2015, el Consejo Directivo del IESS, con la decisión del Presidente y del Vocal representante de los afiliados[49], aprobó la Resolución No. CD. 501, por medio de ella, fueron reducidos los porcentajes de aporte al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y al Seguro de Riesgos del Trabajo, con el objeto de incrementar el destinado al Seguro de Salud Individual y Familiar.

Esta Resolución se fundamentó en el Informe Actuarial denominado "Cambio en las tasas de contribución de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, Seguro de Riesgos del Trabajo y Seguro de Salud Individual y Familiar", elaborado por la compañía Volrisk Consultores Actuariales Cía. Ltda. Dicho informe, en términos del Actuario Consultor Andrés SORIA, tuvo el propósito de "solucionar la grave situación financiera del Seguro de Salud Individual y Familiar" (Volrisk, 2015, p. 45) que, para aquella época, presentaba déficit de caja, incluso el señor Richard Espinosa Guzmán, Presidente del Consejo Directivo del IESS de esa época, señaló que "se está tomando las medidas del caso para compensar el déficit del fondo de salud" (Sandoval, 2015, p.1).

La medida consistió en reducir los porcentajes de aporte a los Seguros de Pensiones y Riesgos del Trabajo para aumentar los ingresos del Seguro de Salud, a partir del ciclo 2015-2016, para que progresivamente vaya creciendo el porcentaje destinado al Seguro de Pensiones; mientras, disminuye la tasa de aporte al Fondo de Salud. Esta operación terminaría por estabilizar, en el año 2021, la tasa de aporte al Fondo de Pensiones.

La adopción de esta decisión, al Seguro de Pensiones le representó dejar de percibir solo en el período 2015-2016, la cantidad correspondiente al 3.88% de cada aporte al IESS, ya que anteriormente a este

49 En aquella época, desempeñaba las funciones de presidente del Consejo Directivo del IESS, el señor Richard Espinosa Guzmán, y las funciones de vocal representante de los asegurados eran desempeñadas por el Dr. Luis Clavijo, quien fue posesionado luego de que el jueves 12 de noviembre del 2015, la Superintendencia de Bancos, notificara a Paulina Guerrero, vocal representante de los asegurados, con la destitución de su cargo. Por ello, inminentemente procedió la posesión de su suplente, el Dr. Luis Clavijo, quien al día siguiente aprobó conjuntamente con el Presidente del Consejo Directivo del IESS, la Resolución No. CD. 501.

Seguro era destinado el 9.74% de cada aportación a la seguridad social; en cambio, al seguro de Riesgos del Trabajo se le redujo un 0.35%, del 0.55% que le correspondía recibir por cada aporte; por lo que, con estas disminuciones, se logró aumentar a 9.94%, la tasa de aportación al Fondo de Salud.

Para el año 2017, la tasa de aportación aumentaría a 6.80%, en el 2018, alcanzaría el 7.66%, en el 2019, el 8.86%, en el 2020, el 9.86%, para, finalmente, consolidarse en el año 2021, con un 10.46%, tal y como consta en la gráfica que, a continuación, se muestra:

Cuadro 5. Evolución de las tasas de aportación al Seguro de Salud y al Seguro de Pensiones (Resolución No. CD. 501)

SEGURO	2015[70]	2016	2017	2018	2019	2020	2021
IVM	5.86%	5.86%	6.80%	7.66%	8.86%	9.86%	10.46%
Incremento a Salud[71]	-3.88%	-3.88%	-2.94%	-2.08%	-0.88%	+0.12%	+0.72%
SALUD	9.94%	9.94%	9.00%	8.14%	6.94%	5.94%	5.16%

Fuente: Resolución No. CD. 501 del Consejo Directivo del IESS.
Elaboración: Patricia Elizabeth Borja.

La reducción de la tasa de aportación al Seguro de Pensiones, para solucionar la crisis financiera del Seguro de Salud Individual y Familiar, ha sido ilegal y carente de sustento técnico, porque pese a que la Resolución que estableció esta modificación de tasas, fue aprobada el 13 de noviembre del 2015, según su Disposición Final Primera, debía ser aplicada respecto de "los pagos no extemporáneos efectuados desde el 1 de noviembre del 2015" (Resolución No. CD. 501, 2015, p. 9), es decir, con su adopción, se pudo efectuar una disposición de recursos que ya debieron ingresar al Seguro de Pensiones; de modo que, a más

50 Esta medida fue aplicada desde el 1 de noviembre del 2015, de acuerdo con la disposición general primera de dicha resolución (Resolución No. CD. 501, 2015, p. 11).

51 En esta gráfica se puede corroborar el porcentaje que el Seguro de Pensiones ha dejado y dejará de percibir hasta el año 2019, pues a partir del 2020, la tasa de aportación será en 0.12% superior al 9.74% (porcentaje anterior) hasta consolidarse en el 2021, con un porcentaje ligeramente superior en 0.72% a la tasa anterior (9.74%).

de su aplicación retroactiva, "esta medida contravino prohibiciones legales expresas, contenidas en los artículos 49 y 122 de la Ley de Seguridad Social, ya que los recursos del Seguro Invalidez, Vejez y Muerte, pudieron haber sido tomados y utilizados para cubrir el déficit de caja del Fondo de Salud, esto es, para un fin distinto del previsto en este cuerpo normativo" (Borja, 2018, p. 97).

Adicionalmente, es una medida antitécnica porque las compañías Actuaria (2013, p. 8) y VOLRISK (2016, p. 9) sugirieron aumentar el porcentaje de aportación porque el anterior a la Resolución No. CD. 501 (9.74%) ya "era insuficiente para lograr el equilibrio actuarial de este Fondo" (Actuaria, 2013, p. 8).

Los impactos de esta medida han sido evidentes para el Fondo de Pensiones, para ello, solo basta con realizar un parangón entre los ingresos por aportes según el presupuesto para el año 2015, contenido en la Resolución No. CD. 475, y los ingresos por aportes, previstos en los presupuestos para los años 2016, 2017 y 2018, lo cual refleja una evidente reducción de los ingresos por aportes, puesto que la tasa de aportación ha sido notablemente inferior como consecuencia de la aplicación de la Resolución No. CD. 501, por lo tanto, ante esta disminución de ingresos por aportes y por la ausencia de la contribución estatal del 40% para el financiamiento de las pensiones jubilares, el déficit de caja de este Fondo ha ido en aumento, tal y como consta en el Cuadro No. 3: Relación entre ingresos y egresos del Seguro de Pensiones del IESS.

A continuación, en la siguiente gráfica, se verifica la relación entre ingresos y egresos del Fondo de Pensiones y la disminución de los ingresos como resultado de la aplicación de la Resolución No. 501:

Cuadro 6. Ingresos por aportes al Seguro IVM y egresos

AÑO	INGRESOS	EGRESOS
2015	USD. 2 486 278 448. 58	USD. 2 959 861 728. 27
2016	USD. 1 615 841 227. 00	USD. 3 431 851 076. 00
2017	USD. 1 689 934 925. 00	USD. 3 632 303 336. 00
2018	USD. 2 141 384 094.00	USD. 4 019 770 401.00
2019	USD. 2 636 756 184.00	USD. 4 322 381 205.00

Fuente: Resoluciones No. CD. 475, CD. 507, CD. 545, CD. 567 y CD. 581. (Presupuestos años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, IESS).
Elaboración: Patricia Elizabeth Borja.

Por su parte, el Informe No. DADSySS-0023-2017, de la Contraloría General del Estado, que contiene el *Examen especial a las resoluciones realizadas por el Consejo Directivo del IESS, respecto a los porcentajes de distribución de las aportaciones efectuadas para los fondos administrados de los seguros de pensiones y de salud, en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, por el período comprendido entre el 2 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015* (2017: 29), determina que, en poco tiempo, el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte estará "en una situación de insolvencia, pues dentro de 10 años no tendrá los recursos suficientes para cumplir sus obligaciones, aspecto que no fue considerado en el estudio actuarial (VOLRISK) que sirvió de sustento para la emisión de la Resolución CD. 501", y a la vez, establece que no existió transferencia de recursos de los Fondos de Pensiones y Riesgos del Trabajo hacia el Fondo de Salud (Borja, 2018, p. 97), aunque de la lectura de la antedicha disposición contenida en la Resolución No. CD. 501, se podría asumir que pudo existir un traspaso de recursos.

Por lo expuesto, la aplicación de la Resolución No. CD. 501, del Consejo Directivo del IESS, vulnera el mandato de los artículos 367 y 368 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo que respecta a la suficiencia como principio rector de la seguridad social y a la sostenibilidad como criterio de manejo del Sistema de Seguridad Social en el Ecuador; además, de la contravención expresa a lo previsto en los artículos 49 y 122 de la Ley de Seguridad Social; no obstante, como ha sido detallado en los párrafos ut supra, el cesado Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Ro-

dríguez, a pesar de que tenía que precautelar el buen gobierno del IESS, no tomó en cuenta que el Fondo de Pensiones ya no contaba con la contribución estatal del 40%; así como tampoco consideró las recomendaciones de estudios actuariales anteriores que advertían de la necesidad de incrementar la tasa de aportación destinada a este Seguro para lograr el equilibrio actuarial del mismo, y, en lugar de velar por la solidez, estabilidad y correcto funcionamiento del IESS, llegó al extremo de aseverar que la decisión del Consejo Directivo estuvo sujeta al marco normativo vigente.

Al respecto, el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio concluyó que "la Resolución 501 vulnera la ley y ha generado una situación actual muy grave del Seguro de Salud y ha creado una situación financiera crítica" (Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, 2018, p. 36); por lo que "el Superintendente de Bancos incumplió con sus funciones cuando tenía la obligación de actuar frente a la ilegal redistribución de los porcentajes de los seguros que afectaron a la situación financiera y actuarial del IESS" (Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, 2018, p. 36).

En este escenario, a pesar de que dicha autoridad fue cesada en sus funciones, el detrimento para el Seguro de Pensiones ya se ha producido como resultado del incumplimiento de funciones, puesto que la falta de control de este Fondo impidió que la Superintendencia de Bancos garantizara el buen gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, e inclusive esta Resolución continúa vigente y hasta el momento, ni el Consejo Directivo del IESS y menos aún la Asamblea Nacional, han establecido mecanismos tendientes a solucionar la dramática situación por la que atraviesa este Fondo administrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

2.3. La transparencia como fundamento del sistema de seguridad social y la reserva de los estudios actuariales

El 25 de septiembre del 2015, mediante el artículo 1, número 33, de la Resolución No. SB-742-2015 (publicada en el RO. No. 612 del 21 de octubre del 2015), el, entonces, Superintendente Encargado, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, posteriormente ratificado en su cargo como Superintendente de Bancos, de forma inconstitucional e ilegal, declaró como reservados por el lapso de 15 años, entre otros, a

“Los estudios actuariales de las instituciones del sistema nacional de seguridad social y los análisis que sobre ellos se realicen”.

El Considerando Segundo de dicha resolución, determina que uno de sus fundamentos es el artículo 72 del Código Orgánico Monetario y Financiero[52], el mismo que dispone que:

> Serán escritos y reservados los informes de auditoría, inspección, análisis y los documentos que el Superintendente califique como tales, con el propósito de precautelar la estabilidad de las entidades financieras públicas y privadas, y los que emitan los servidores y funcionarios de la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones de control. La superintendencia, de creerlo necesario y de haber observaciones, trasladará los informes a conocimiento de las autoridades correspondientes de la entidad examinada. Estos informes no se divulgarán a terceros, en todo ni en parte, por la Superintendencia, por la entidad examinada ni por ninguna persona que actúe por ellos (...).

De la lectura de esta norma se desprende que, con el propósito de precautelar el buen desempeño de las entidades financieras, cierta documentación será declarada como reservada; no obstante, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no es una entidad financiera, ya que, por mandato constitucional, esta institución es la encargada de la administración del seguro universal obligatorio; además, los estudios actuariales y los análisis realizados sobre ellos, no reúnen las calidades descritas en esta disposición; por lo tanto, carece de asidero este argumento de la exposición de motivos de dicha Resolución, debido a que dicha norma resulta completamente impertinente para el caso concreto.

Como consecuencia de la adopción de esta Resolución, el Consejo Directivo del IESS emitió el Acta No. C.D 756, del 23 de noviembre de 2016 y el Acta No. C.D 782, del 8 de enero de 2018, por medio de las cuales, se ratificó la reserva sobre los estudios actuariales y sobre los análisis de que fueran objeto. Aquello determinó que, por prácticamente tres años, la población afiliada no haya podido tener acceso a los estudios actuariales, es decir, a la información referente a la situación real de cada uno de los seguros administrados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

52 Ecuador. (2014, septiembre 12). Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 332.

El 15 de marzo del 2018, el Consejo Directivo del IESS, a pesar de que la Resolución en cuestión continúa vigente, levantó la reserva sobre dichos estudios actuariales, y a más de difundir los últimos estudios actuariales con corte al 2013, dispuso que se elaboren estudios actuariales con corte al 2016, aun cuando por disposición de la Superintendencia de Bancos, cada tres años se deben elaborar y presentar estudios actuariales.

A pesar de que esta disposición del Consejo Directivo del IESS constituye un mecanismo fundamental para garantizar el buen gobierno del IESS, es también una muestra fehaciente de que el anterior Presidente del Consejo Directivo del IESS, señor Richard Espinosa Guzmán no cumplió con una de las funciones prevista en el artículo 27, literal p, de la Ley de Seguridad Social[53], que dispone que:

> Artículo 27.- ATRIBUCIONES.- El Consejo Directivo tendrá a su cargo:
>
> p. El conocimiento de los balances actuariales preparados por el Director Actuarial y aprobados previamente por actuarios externos independientes, con la periodicidad que determine el Reglamento General, y la expedición oportuna de las regulaciones técnicas más convenientes para el sano equilibrio de los seguros sociales administrados por el IESS.

El Consejo Directivo del IESS no conoció los balances actuariales porque estos no fueron realizados y presentados de forma oportuna, al punto de que apenas en el año 2018, fueron publicados los estudios correspondientes al 2013. En este sentido, se verifica que el, entonces, Superintendente de Bancos, B.A Christian Cruz, nuevamente, incumplió con sus funciones al haber omitido su función de controlar que se realizaran y presentaran los estudios actuariales con la periodicidad establecida por el ente encargado de garantizar el buen gobierno del IESS y debido a que inclusive existía una reserva sobre dichos documentos, se configuró un escenario propicio para la ausencia de vigilancia.

De aquello se desprende que los afiliados al IESS y la ciudadanía en general, durante prácticamente tres años no pudieron conocer la situación financiera y actuarial de cada uno de los Seguros adminis-

---

53 Ecuador. (2001, noviembre 30). Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465.

trados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y si bien, de acuerdo con las declaraciones emitidas el 18 de noviembre del 2018, por el, entonces, Presidente del Consejo Directivo del IESS, Dr. Manolo Rodas Beltrán[54], los estudios actuariales cuya elaboración fue ordenada el 15 de marzo del 2018, estarían listos para fines del 2018, en ellos no estarán contempladas diversas variantes que atañen a los Fondos administrados por el IESS durante los años 2017 y 2018.

Así, en el caso del Seguro de Pensiones no se tomarán en consideración, por ejemplo, la ausencia de la contribución estatal del 40% (período 2017-2018), el ligero incremento de la tasa de aporte destinada a este Fondo, la declaratoria de inconstitucionalidad del límite a las utilidades de los trabajadores, excedente que iba destinado al financiamiento de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte de las amas de casa, entre otros aspectos que son fundamentales para un análisis profundo de la situación del Seguro de Pensiones y para la adopción de medidas que tiendan a brindar una solución a esta problemática.

En consideración a los argumentos expuestos, la adopción de esta Resolución contravino de forma expresa lo previsto en el artículo 368 de la Constitución de la República[55], el mismo que dispone que: "El sistema de seguridad social (...) funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia" (énfasis fuera del texto), ya que, al haberles otorgado la calidad de reservados a los estudios actuariales y a los análisis realizados sobre ellos, se vulneró uno de los principios rectores de la seguridad social: la transparencia, puesto que toda esta documentación constituye información pública y como tal debió haber sido tratada.

De igual manera, transgredió el mandato del artículo 72 del Código Orgánico Monetario y Financiero porque aunque se trata de una norma que por ningún motivo podía ser aplicada a este caso, ha sido utilizada para fundamentar una situación carente de asidero jurídico

---

54 En el programa Políticamente Correcto, del 18 de noviembre del 2018, el, entonces, Presidente del Consejo Directivo del IESS, Dr. Manolo Rodas Beltrán indicó que los estudios actuariales con corte al 2016, estarían listos para diciembre del 2018. Ante esta afirmación, la autora de este artículo, le solicitó que se elaboren estudios actuariales en los que se analice la situación de los años 2017 y 2018. Varios meses después y se espera que dichos productos sean presentados en el mes de febrero del 2019.

55 Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.

como lo fue la adopción de esta inconstitucional Resolución, que ha considerado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como una entidad financiera, a pesar de que, por mandato del artículo 370 de la Constitución de la República del Ecuador, se trata de una "entidad autónoma regulada por la ley, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.". De modo que la reserva de los estudios actuariales y de los informes que sobre ellos se realizara no contó con ningún fundamento jurídico para ser aplicada; empero, fue aplicada por cerca de tres años.

Acerca de esta situación, el ex Superintendente de Bancos manifestó que tal declaratoria "no implica que la entidad generadora de dicha información no pueda difundir la misma, si ésta es su decisión" (Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018, 2018, p. 37), lo cual fue cuestionado por el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, en los siguientes términos:

> El Pleno enfatiza que la información que se reservó no cumplía con las excepciones de la norma para que esta no sea pública. El Pleno resalta que el derecho a la información solamente puede restringirse en los casos expresamente indicados en la ley y que, en la Resolución se debe motivar claramente la razón por la que esta encaja dentro de los supuestos de reserva. El Pleno indica que el Superintendente Cruz, no ha podido indicar el cumplimiento de aquello, así, resalta que esta falta de transparencia no permitió conocer la real situación de la seguridad social, ni que se fiscalicen las actuaciones o implementar las medidas correctivas necesarias.

En consideración a esta situación, se concluye que el Superintendente de Bancos de aquella época, al declarar como reservados a los estudios actuariales y a los análisis que sobre ellos se realizara, provocó que el Consejo Directivo incumpla con su obligación legal de proporcionar esta información, omitió vigilar el cumplimiento normativo para el correcto funcionamiento del IESS, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62, núm. 7 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Así mismo, no controló que la información del IESS fuera transparente, con lo cual violó el derecho a la información, porque estos documentos no tienen el carácter de reservado de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con lo cual vulneró el mandato del

artículo 62, núm. 11 del Código Orgánico Monetario y Financiero[56], en el sentido de que su deber era “Cuidar que las informaciones de las entidades bajo su control, que deban ser de conocimiento público, sean claras y veraces para su cabal comprensión”; por tanto, el argumento de dicha autoridad acerca de que la reserva no era aplicable al IESS, pues si dicha entidad así lo decidía, podía difundirla, no tiene justificación, pues la publicación de esta información no queda al arbitrio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, porque el artículo 368 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que uno de los principios rectores del sistema de seguridad social, es la transparencia. Además, la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (AIOS)[57] también establece que uno de los criterios de manejo de los Fondos de Pensiones es la transparencia y publicidad de la información.

Por tanto, en este caso, se tiene que, respecto de este cargo atribuido a la autoridad de aquella época, se ha configurado otro incumplimiento de sus funciones, que de igual manera ha ocasionado un grave perjuicio al Fondo de Pensiones y a los asegurados al IESS y en general a la sociedad ecuatoriana, porque durante prácticamente tres años no

56 Ecuador. (2014, septiembre 12). Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 332.

57 La AIOS, considera que todo Fondo de Pensiones debe encontrarse sujeto a ciertas condiciones para su adecuado funcionamiento, entre ellas, la transparencia, la cual, “sugiere la importancia de que la institución encargada de la seguridad social, de forma periódica, difunda información actualizada, respecto de la situación financiera y actuarial del fondo de pensiones a su cargo”. Aquello guarda estrecha relación con el control que deben realizar, en nombre del Estado, las instituciones respectivas como garantía de buen gobierno de la seguridad social, puesto que para llevarlo a cabo deberá existir documentación reciente que determine el estado de este Seguro (Borja, 2018, p. 48).
Para lograr la materialización de esta condición, se requiere también de la supervisión y control, porque, de acuerdo con la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensión (AIOS) la regulación, supervisión y control del ahorro previsional es fundamental “en razón de: la obligatoriedad del ahorro previsional, las garantías estatales comprometidas y la preservación de la confianza pública” (AIOS, 2003, p. 10); por ello, se concluye que “el control de las actividades relacionadas con la administración de los fondos de pensiones, es necesario para garantizar una gestión transparente, eficaz y eficiente de los recursos aportados por los afiliados para la protección de sus derechos” (Borja, 2018, p. 48).

pudieron tener acceso a conocer la situación real de la entidad rectora de la seguridad social y de los respectivos fondos a su cargo.

2.4. Posibles soluciones tendientes a precautelar la garantía de gobierno del IESS como rol fundamental de la Superintendencia de Bancos

Las recomendaciones para brindar una solución a esta problemática se reducen a tres aspectos esenciales:

1. Es imperativo fortalecer el rol de las instituciones de control de la seguridad social, especialmente de la Superintendencia de Bancos[58], de modo que la autoridad que dirija dicha entidad cumpla con sus atribuciones constitucionales y legales, y no exista, nuevamente, un funcionario que se permita inobservar sus atribuciones y posteriormente tratar de justificar su inacción con argumentos carentes de fundamento jurídico. Inclusive, se podría crear una institución autónoma que se encargue de la regulación, supervisión y control del IESS y del BIESS (OIT, 2008, p. 163). Para ello, es imperativo que mediante ley, la Asamblea Nacional establezca el marco normativo correspondiente para el establecimiento de infracciones y sanciones frente a inobservancias e incumplimientos de parte de las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Seguridad Social o inclusive plantear una acción de inconstitucional ante la Corte Constitucional por la omisión en la que ha incurrido el órgano que preside la Función Legislativa.

2. Garantizar el acceso a la información del Seguro de Pensiones, tomando en cuenta que el IESS tiene el deber de colocar al alcance de la población afiliada los datos correspondientes a la "evolución de los ingresos, gastos, cobertura, niveles de cotización y morosidad, reportes de gestión, anuarios y memorias institucionales" (Informe OIT, 2008, p. 51), ya que esta información es de carácter público.

3. Una vez que hayan sido difundidos los resultados de los estudios actuariales con corte al 2018, el Consejo Directivo del IESS podría adoptar medidas para tratar de brindar un alivio a la compleja situación del Fondo de Pensiones, por ejemplo, a) en lo referente al financiamiento de las prestaciones de las personas que desempeñan un tra-

58 Idea tomada del informe denominado *Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador* (OIT, 2008: 163).

bajo no remunerado en el hogar, b) a las tasas de aportación al Fondo de Pensiones y Salud, c) a la revisión de la Resolución No. CD. 554, por medio de la cual se modificó la base de cálculo para determinar la pensión jubilar, pese a que esta ya se encuentra prevista la Ley de Seguridad Social, con el propósito de no continuar perjudicando a los jubilados en el monto de su pensión, e incluso, d) instar a la Asamblea Nacional a la tramitación de una nueva Ley de Seguridad Social en la que, entre otras:

1. Se establezcan mecanismos de solución para la problemática que aqueja a este Fondo de Pensiones del IESS; y,

2. Se determine el proceso de conformación del Consejo Directivo del IESS en cumplimiento de la disposición de la Corte Constitucional[59], puesto que, como consecuencia de la destitución del Dr. Luis Clavijo, vocal Representante de los Asegurados, por parte de la Contraloría General del Estado, el Consejo Directivo del IESS cuenta únicamente con el Presidente (representante del Ejecutivo) y con el vocal representante de los empleadores (quien se encuentra en funciones prorrogadas).

A través de esta reforma normativa, se debería propender a que el Consejo Directivo del IESS sea conformado por personas con conocimientos en materias afines a la seguridad social, todo aquello con la finalidad de que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sea manejado de forma técnica.

Adicionalmente, para garantizar una absoluta ausencia de la injerencia del Ejecutivo en el manejo del IESS y del Banco de su propiedad, se podría prescindir de su representante en el Consejo Directivo del IESS, tomando en consideración que ya existen entes de control que en nombre del Estado deben precautelar por la buena marcha del IESS, o inclusive establecer que la presidencia del máximo órgano de gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sea rotativa, ya que en la actualidad, el representante del Ejecutivo, a más de ocupar

59 En la actualidad, se encuentra en tratamiento en la Asamblea Nacional, un proyecto de Ley Reformatoria al artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, en el que se busca dar cumplimiento a la disposición de la Corte Constitucional contenida en sentencia No. 019-16-SIN-CC. Durante el tratamiento de dicho proyecto de Ley han surgido propuestas referentes a prescindir del representante del ejecutivo o inclusive establecer que la presidencia del Consejo Directivo del IESS sea de carácter rotativo.

la presidencia del Consejo Directivo, también se encarga de presidir el Directorio del BIESS y para ello cuenta con voto dirimente, según lo previsto en el artículo 8 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Aquello tiene el propósito de evitar lo sucedido durante la década pasada, esto es, la existencia de un manejo del IESS sujeto a los intereses del gobierno de turno y en desmedro del derecho constitucional a la seguridad social de la población asegurada.

3. CONCLUSIONES

Por disposición del artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, la Superintendencia de Bancos es un organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas. En su desarrollo, el Código Orgánico Monetario y Financiero[60] dispone que algunas de las funciones de dicha entidad son: "Velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las entidades sujetas a su control y, en general, vigilar que cumplan las normas que rigen su funcionamiento (...) y verificar la veracidad de la información que generan"; y, "Cuidar que las informaciones de las entidades bajo su control, que deban ser de conocimiento público, sean claras y veraces para su cabal comprensión".

En este sentido, por disposición del artículo 306 de la Ley de Seguridad Social, la Superintendencia de Bancos es el ente de control del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuyo propósito es garantizar el buen gobierno del IESS, para lo cual dicha entidad tiene la misión de velar por la buena marcha de la institución para, a nombre del Estado, garantizar el fiel cumplimiento de la normativa, la veracidad de la información generada por el ente encargado de la administración del seguro universal obligatorio, la misma que deberá ser de público conocimiento y por ende deberán ser absolutamente claras y ciertas para su correcta comprensión; y, en general, el control de los servicios y prestaciones brindadas por el IESS (Corral, 2017, p. 4). Y si bien, no se ha establecido el régimen referente a las infracciones y sanciones frente a inobservancias e incumplimientos de parte de las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Seguridad Social, esto nunca ha sido un óbice para realizar el control respectivo, e incluso para

60 Ecuador. (2014, septiembre 12). Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 332.

poder ejercerlo adecuadamente y no permanecer como mero determinador de errores, anomalías y demás, se pudo haber iniciado las acciones legales pertinentes tales como una demanda de inconstitucionalidad por la omisión en la que ha incurrido la Asamblea Nacional al no tipificar las infracciones y sanciones para el correcto control del Sistema Nacional de Seguridad Social.

Ahora bien, respecto de los casos analizados a lo largo de estas líneas y que fueron atribuidos, por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, como omisiones del ex Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, se concluye lo siguiente:

La supresión de la contribución estatal del 40% y la adopción de la Resolución No. CD. 501, al momento de su tratamiento, ya se mostraban como dos medidas que comprometerían la sostenibilidad en el largo plazo del Fondo de Pensiones, puesto que ambas trajeron consigo una significativa reducción de los ingresos para este Seguro, lo cual dio paso a que el IESS recurra al ahorro previsional administrado por el BIESS para financiar el déficit de caja producido, al punto de que, durante la lectura de un informe preliminar, la Contraloría General del Estado, señaló que el Fondo de Pensiones "tuvo que desinvertir USD. 4.282 millones de sus ahorros en el BIESS para poder cubrir gastos operacionales y prestacionales" (Contraloría General del Estado, 2018, p.1), a pesar de que se esperaba que, para fines del 2018, la reserva de este Fondo ya bordeara los USD. 13 mil millones de dólares; por ello, carece de asidero el argumento de descargo de la autoridad cesada en el sentido de que al no haber sido requerido por la Asamblea Nacional para tratar acerca del, entonces, Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, él no podía pronunciarse, debido a que su atribución consistía en velar por la solidez, estabilidad y buen funcionamiento del IESS y con la eliminación de esta contribución, ante la actitud silente de dicho exfuncionario, se afectó precisamente a estos aspectos.

Para la adopción de ambas medidas, no se tomaron en cuenta las advertencias contenidas en estudios actuariales anteriores, ni tampoco que el Seguro de Pensiones venía presentando déficit de caja desde el 2014; por ello, los efectos de estas medidas continúan perjudicando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte; y frente a esta problemática, el, entonces, Superintendente de Bancos no emitió el más mínimo pronunciamiento, es más, en su descargo respecto de la Resolución No.

CD. 501, se ha permitido señalar que dicha resolución se apega a las disposiciones legales vigentes, aun cuando como representante del ente de control del IESS tenía el deber de conocer las recomendaciones de los productos actuariales previos que sugerían incrementar la tasa de aportación a este Fondo para lograr el equilibrio de este. En este contexto, al avalar la Resolución No. CD. 501 en el descargo al Informe Técnico que sirvió de base al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio para su resolución, claramente se tiene que dicho exfuncionario no veló por la buena marcha del Fondo de Pensiones del IESS y, por ende, no garantizó el buen gobierno de esta entidad.

Respecto de la reserva establecida para los estudios actuariales y para los informes que sobre ellos se realizaren, mediante la Resolución No. SB-2015-742, es preciso destacar que la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (AIOS), determina que todo fondo de pensiones debe ser administrado con transparencia y publicidad, en el caso del Seguro de Pensiones del IESS, apenas desde el 15 de marzo del 2018, se ha podido tener acceso a ciertos datos referentes a la situación financiera y actuarial de dicho Fondo (correspondiente a los años 2013 y 2015, respecto del cambio de tasas de aportación), puesto que, con anterioridad, sin ningún fundamento, fueron considerados como reservados por el propio ente de control, la Superintendencia de Bancos, cuyo máximo representante de aquella época, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez afirmó que dicha reserva no incluía al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pues si dicha entidad lo consideraba pertinente podía difundirlos, lo cual es erróneo porque la disposición constitucional es clara al establecer que la transparencia es un principio rector del sistema de seguridad social ecuatoriano; por ello, los estudios actuariales y sus respectivos análisis son de carácter público y no podían haber sido considerados como documentos de carácter reservado.

Los estudios actuariales más actualizados corresponden al 2013, y en ellos, evidentemente, no se encuentran contemplados los efectos de la inconstitucional supresión de la contribución estatal del 40%, la adopción de la Resolución No. CD. 501, la incorporación de las amas de casa a la seguridad social y la declaratoria de inconstitucionalidad del límite a las utilidades de los trabajadores, cuyo excedente era destinado al financiamiento de las prestaciones de las trabajadoras no remuneradas del hogar. Si bien el Consejo Directivo del IESS dispuso que se elaboren nuevos estudios actuariales, aquellos serán con corte al 2016 y en ellos tampoco se contemplará la dimensión real de la crisis del Fondo de

Pensiones; por lo que, se requiere que el actual Superintendente controle lo referente a este particular y para brindar una solución a este complejo escenario, verifique que se elaboren estudios correspondientes al período 2017-2018, para tener una comprensión amplia del panorama que aqueja al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Por todo lo expuesto, se concluye que el cesado Superintendente de Bancos, B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez, incumplió con sus funciones y su inacción en el control del IESS, ocasionó un gran perjuicio al Fondo de Pensiones, debido a que, según lo determinado por la Contraloría General del Estado tal y como consta en líneas precedentes, aun cuando la reserva de este Seguro ya debería superar los USD. 13 000 millones de dólares, la insuficiencia de recursos ocasionada por las medidas analizadas a lo largo de esta investigación ha producido que este ahorro previsional (reserva) haya decrecido en USD. 4 282 millones de dólares.

Y aun cuando existe una omisión legislativa en lo referente a la tipificación de infracciones y sanciones en lo atinente al control de las instituciones que forman parte el Sistema Nacional de Seguridad Social, por los argumentos esgrimidos a lo largo de estos párrafos, aquello no ha sido impedimento para no haber iniciado las acciones legales correspondientes para el adecuado control de las instituciones supervisadas por la Superintendencia de Bancos.

En este escenario, todas las medidas analizadas en esta investigación han provocado que la situación financiera y la sostenibilidad en el largo plazo de este Fondo atraviesen por momentos muy complejos, puesto que, como se estableció en los párrafos precedentes, los ingresos, aún con la restitución de la contribución estatal del 40% y con el aumento progresivo de la tasa de aportación, no serán suficientes para el financiamiento de los gastos prestacionales; por ello, resulta imperativa la adopción de medidas tendientes a incrementar los ingresos destinados a este Fondo y a modificar su sistema y estructura de financiamiento, entre otras, que deberán ser tratadas con total rigurosidad durante cada una de las etapas del denominado *Acuerdo Nacional por la Seguridad Social*[61], promovido por el actual presidente del Consejo Directivo del IESS, Dr. Paúl Granda.

61 Durante una entrevista realizada en febrero del 2019, en Diario El Comercio, al Dr. Paúl Granda, actual Presidente del Consejo Directivo del IESS, dicho funcionario ha indicado que en el mes de marzo arrancará el *Acuerdo Nacional por la Seguridad*

Por todo lo expuesto, como resultado de esta investigación, se concluye con el planteamiento de las siguientes interrogantes: ¿quién responderá al Fondo de Pensiones por todos los valores que el BIESS no pudo invertir, porque debió entregarlos al IESS, bajo la modalidad de "recuperación de inversiones" para el financiamiento de los actuales pensionistas?, ¿cómo responderá el Estado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por no haber garantizado el buen gobierno de esta entidad y por haber promovido la adopción de medidas antitécnicas?, ¿qué medidas está tomando la actual administración de la Superintendencia de Bancos para, en el escenario actual, garantizar el buen gobierno del IESS?; y, finalmente, ¿cómo revertirá la actual Asamblea Nacional, los perjuicios ocasionados, por las administraciones anteriores, al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, producto de la adopción de decisiones carentes de sustento técnico?

Las respuestas a estas interrogantes solo podrán ser solventadas por los resultados arrojados por lo que se llegue a determinar en el gran *Acuerdo Nacional por la Seguridad Social,* y para ello, lo que corresponde es que las medidas que resulten de ese convenio nacional sean establecidas para el corto, mediano y largo plazo y que tiendan a lograr la sostenibilidad del Fondo de Pensiones, para que, de este modo, el Estado cumpla con uno de sus deberes primordiales: garantizar el goce y ejercicio pleno del derecho constitucional a la seguridad social de los asegurados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Social, el mismo que constará de tres etapas; en la primera, que durará 10 semanas, se informará a la ciudadanía sobre la situación de la seguridad social; en la segunda, se llevará a cabo la discusión para llegar al acuerdo por lo que existirán y habrá un despliegue a nivel de todo el territorio nacional para el tratamiento de las propuestas; y, en la tercera, que se espera, se efectúe en octubre, se firmará el gran acuerdo.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Absolución de la consulta contenida en el Oficio N° 02574, del 06 de junio de 2019, por parte de la Procuraduría General del Estado. Solicitud realizada por la Superintendencia de Bancos.

Actuaria Consultores Cía. Ltda. (2013) *Informe consolidado Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, Seguro General de Salud individual y familiar, Seguro General de Riesgos del Trabajo, Seguro Social Campesino. Tablas Biométricas.* Consultoría Actuarial para la revisión y aprobación de balances actuariales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al 31 de diciembre de 2010.

Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (2003) *Principios de Regulación y supervisión en Pensiones.* [página web] Disponible en: http://www.superbancos.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/ articulos_financieros/Normativa%20Internacional/NSS%203.pdf.

Borja, P. (2018) *La descapitalización del Fondo de Pensiones del IESS vs. el derecho de los afiliados.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero (2014) *Capítulo 1. Sección 3. De la Superintendencia de Bancos.* [página web] Disponible en: http://www.silec.com.ec.ezbiblio.usfq.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=BANCARIO-

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010) *Capitulo IV. Del componente de endeudamiento público.* [página web] Disponible en: http:// www.silec.com.ec.ezbiblio.usfq.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/ FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CODIGO_ORGANICO_DE_ PLANIFICACION_Y_FINANZAS_PUBLICAS_COPFP.

Constitución de la República del Ecuador (2008) *Capítulo sexto. Trabajo y producción. Sección primera. Formas de organización de la producción y su gestión.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Contraloría General del Estado (2017) Informe No. DADSySS-0023-2017. *Examen especial a las resoluciones realizadas por el Consejo Directivo del IESS, respecto a los porcentajes de distribución de las aportaciones efectuadas para los fondos administrados de los seguros de pensiones y de salud, en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, por el período comprendido entre el 2 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015*. [página web] Disponible en: http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=49321&tipo=inf

Contraloría General del Estado (2018) *Lectura sobre el Informe Preliminar al Examen sobre el Seguro General de Pensiones*. [página web] Disponible en: http://www.contraloria.gob.ec/CentralMedios/PrensaDia/20798

Contraloría General del Estado (2019) Informe No. DNA7-0004-2019. *Examen Especial a las operaciones administrativas y financieras en el Sistema de Pensiones, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de mayo de 2018*, [página web] Disponible en: http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=57708&tipo=inf

Corte Constitucional (2018) *Sentencia No. 002-18-SIN-CC, Casos No. 0035-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN, 0030-15-IN acumulados*. [página web] Disponible en: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/17dbd439-771e-4ccc-9703-f2633d3d7b12/0035-15-in-sen.pdf?guest=true

Corral, C. et al (2017) *IESS: riesgo de descapitalización y posibles medidas*. [página web] Disponible en: http://colegiodeeconomistas.org.ec/noticias/wp-content/uploads/2017/09/Koyuntura-IESS-riesgo-de-descapitalizacio%CC%80n-y-posibles-medidas-Septiembre-2017-FINAL.pdf

Dirección Actuarial y de Investigación (2014) *Valuación actuarial del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio*. Quito: IESS.

Dirección Actuarial y de Investigación (2016) *Estudio actuarial del Fondo del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio, con corte a diciembre del 2013*. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/ informacion/Estudios_Actuariales/Estudio_Actuarial_IVM.pdf.

Espinosa, R. (2015) *Según proyecciones el IESS tendrá un superávit de 509 millones de dólares*. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/en/ web/afiliado/noticias?p_p_id=101_INSTANCE_3dH2&p_p_lifecycle=0&p_p_ col_id=column-2&p_p_col_count=4&_101_INSTANCE_3dH2_struts_ action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_3dH2_assetEntryId=4105301&_101_INSTANCE_3dH2_type=content&_101_ INSTANCE_3dH2_groupId=10174&_101_INSTANCE_3dH2_urlTitle=segunproyecciones-el-iess-tendra-un-superavit-de-509-milones-de-dolares&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fafiliado%2Fnoticias?mostrarNoticia=1.

Éuzeby, A. (1977) *El rol de la seguridad social en la dinámica del desarrollo* [página web] Disponible en: https://www.persee.fr/doc/tiers_0040-7356_1977_num_18_72_2759

Memorando Interno No. IESS-DSP-2015-0001-M (2015) Informe anual de actividades correspondiente al período enero-diciembre de 2014 de la Dirección del Sistema de Pensiones. Quito: IESS.

Organización Internacional del Trabajo (2008) Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador. [página web] Disponible en: http://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action;jsessionid=vY1tYvwZjJYyPg2pkQPgJJnCRWqclvdCq2hTnHDG1K2MPRj3TkBD!475858318?ressource.ressourceId=6093

Oficio No. T.099-SGJ-18-0959 (2018). Proforma del Presupuesto General del Estado correspondiente al ejercicio económico del 2019. [página web] Disponible en: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/PGE/2019/2018-12-10-RD_349257moreno_349257_495664.pdf

Registro Oficial Edición Especial No. 695 (2018). Presupuesto General del Estado para el año 2019. [página web] Disponible en: http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/2018/3739FC887A010CBDE89B9E03AACE2AD3515146AA.pdf

Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2003). [página web] Disponible en: http://www.contraloria.gob.ec/documentos/transparencia/2016/REGLAMENTO%20LEY%20ORGANICA%20CGE.pdf

Resolución No. CD. 475, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Presupuesto financiero para el ejercicio económico del año 2015. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/ documents/10162/33703/C.D.+475.

Resolución No. CD. 501, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Tablas de distribución del porcentaje aportación del IESS. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+501.

Resolución No. CD. 545, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Presupuesto financiero para el ejercicio económico del año 2017. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/ documents/10162/33703/C.D.+545.

Resolución No. CD. 554, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Reformas al Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez (...). [página web] Disponible en: https://www.iess.gob. ec/documents/10162/33703/C.D.+554.

Resolución No. CD. 567, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Presupuesto financiero para el ejercicio económico del año 2018. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/ documents/10162/33703/C.D.+567.

Resolución No. CD. 581, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Presupuesto financiero para el ejercicio económico del año 2019. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/ documents/10162/33703/C.D.+581.

Resolución No. PLE-CPCCS-T-E066-18-07-2018 (2018) Resolución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio por medio de la cual resolvió cesar en funciones al B.A. Christian Mauricio Cruz Rodríguez. [página web] Disponible en: http://www.cpccs.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/RESOLUCION-No.-PLE-CPCCS-T-E-066-18-07-2018.pdf

Resolución No. SB-2015-742 de la Superintendencia de Bancos. Índice temático, por series documentales de los expedientes clasificados como reservados de la Superintendencia de Bancos. [página web] Disponible en: http://www.superbancos.gob.ec/ medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/2015/resoluciones_SB/resol_SB2015-742.pdf.

Sandoval, P (2015) Paulina Guerrero impugnó su destitución del Consejo Directivo del IESS. *Diario El Universo* [página web] Disponible en: https://www.eluniverso.com/noticias/2015/11/13/nota/5237370/paulina-guerrero-impugno-su-destitucion-consejo-directivo-iess

Volrisk Consultores Actuariales Cia. Ltda. (2015) Informe sobre "Cambio en las tasas de contribución de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, Seguro de Riesgos del Trabajo y Seguro de Salud Individual y Familiar".

Volrisk Consultores Actuariales Cia. Ltda. (2016) Análisis, Revisión y Aprobación del Estudio Actuarial del Fondo de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob. ec/documents/10162/12103782/Analisis_Revision_Aprobacion_IVM_2013.pdf.

Volrisk Consultores Actuariales Cia. Ltda. (2016) Estudio Actuarial que Permita Identificar el Impacto de la Reforma a la Ley de Seguridad Social. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/documents/10162/12103782/ EstudioActuarial_ImpactoLey_2014.pdf.

Recibido: 11/02/2019

Aprobado: 06/11/2019

Patricia Borja Laverde: Investigadora jurídica independiente

Correo electrónico: patiborjal@gmail.com / patricia_borja@hotmail.fr

El análisis de problemas socio-jurídicos a través de los juegos de rol: una aproximación desde el derecho y la literatura

The analysis of socio-legal problems through role-playing: an approach from law and literature

Nicolás Carrillo Santarelli
Profesor asociado de Derecho Intenacional, Universidad La Savana

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 183-205, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Los estudios sobre derecho y literatura han demostrado que ambas disciplinas pueden tener diversos puntos de contacto, incluyendo dimensiones descriptivas (sobre el contenido y los debates del derecho en las obras literarias) y críticas (alusiva a la generación de empatía a través de la vivencia del impacto del derecho en la vida de los personajes en las obras o referente a la explicación interdisciplinar de determinados fenómenos). La sinergia entre el derecho y la literatura es posible, entre otras razones, por el hecho de que la experiencia humana puede considerarse como un *nomos* en el que cuestiones normativas construidas socialmente tienen una frecuencia presente. Si se entienden a los juegos de rol como fenómenos de "texto" literario, susceptibles en consecuencia a dinámicas de interacción con interrogantes alusivos a fenómenos socio-jurídicos, es posible emplear los aprendizajes sobre el derecho y la literatura para obtener, entre otros, dos objetivos: uno didáctico, de enseñanza sobre el derecho y sus debates, y uno crítico, fomentando cuestionamientos sobre los aspectos estudiados. Lo anterior es más factible cuando se abordan las dimensiones narrativas y de simulación que pueden tener los juegos de rol, especialmente por la influencia de la noción de *agencia* en los mismos, que permiten tener "experiencias" en las que se identifique el impacto del derecho (o de su ausencia) sobre personajes y terceros *stakeholders*. Este tipo de interacciones permite, además, sensibilizar y generar empatía frente a quienes carecen de una protección normativa efectiva en fenómenos similares a los que se presentan en la vida real. Las anteriores aseveraciones se confirman con un estudio de caso: el referente al mundo de Eberron.

PALABRAS CLAVES: derecho y literatura, pedagogía por agencia, relaciones internacionales, análisis crítico del derecho, juegos de rol.

ABSTRACT: Studies on law and literature have shown that both disciplines can have different points of contact, including descriptive dimensions (on the content and debates of law in literary works) and criticism (alluding to the generation of empathy through experience of the impact of law on the life of the characters in the works or referring to the interdisciplinary explanation of certain phenomena). The synergy between law and literature is possible, among other reasons, due to the fact that human experience can be considered as a *nomos* in which socially constructed normative issues have a present frequency. If role-playing games are understood as phenomena of literary "text", therefore susceptible to dynamics of interaction with questions alluding to socio-legal phenomena, it is possible to use the lessons on law and literature to obtain, among others, two Objectives: a didactic one, teaching about law and its debates, and a critical one, encouraging questions about the aspects studied. The above is more feasible when addressing the narrative and simulation dimensions that role-playing games can have, especially due to the influence of the notion of agency in them, which allow for "experiences" in which the impact of the law is identified. (or his absence) about characters and third-party *stakeholders*. This type of interactions also allows sensitization and empathy to those who lack effective normative protection in phenomena similar to those that occur in real life. The above statements are confirmed with a case study: the reference to the world of Eberron.

KEY WORDS: law and literature, pedagogy by agency, international relations, critical analysis of law, role plays.

INTRODUCCIÓN

En el campo interdisciplinar conocido como derecho y literatura se han sugerido distintos puntos de contacto entre ambas disciplinas. Entre ellas se incluyen, de forma notable, la actividad de interpretación que supone el interactuar con textos (mediante su lectura o escucha) o el invocar y entender el contenido y sentido y alcance de las normas jurídicas, según ha puesto de manifiesto Dworkin (Carrillo-Santarelli, 2018).

Adicionalmente, la profesora Williams (2014) ha puesto de relieve la distinción entre las concepciones de “law *in* literature” y “law *as* literature”. La primera corresponde a la forma en la que se abordan, crítica o descriptivamente, cuestiones jurídicas en las narraciones literaturias, como puede acontecer con observaciones y experiencias frente a manifestaciones normativas presentes en las narraciones, como acontece en algunas obras de Dostoyevsky, Tolstoy o Shakespeare, entre otras. La segunda dinámica alude, a su vez, a la posibilidad de “leer” al derecho de una forma similar a la que se leen las obras literarias. En consecuencia, se sugiere que el derecho también puede ser interpretado de forma crítica, deconstruyéndolo, identificando sus “argumento” y contextos sociales, y analizando lo que transmite un texto de formas no literales e incluso diversas a las entendidas por su propio autor. Esto puede hacerse acudiendo a distintas técnicas y labores de interpretación.

Lo anterior sugiere un aspecto interesante: los estudios del derecho pueden nutrirse de las técnicas de interpretación artística para trascender las observaciones que arrojan una hermenéutica dogmática jurídica, como la ofrecida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ofreciendo perspectivas emocionales, de empatía y de comprensión crítica sobre los fenómenos jurídicos. Como bien señala Avila Santamaría (2018, p. 391), la literatura “se basa en las emociones”, y es imprescindible que los operadores jurídicos adquieran la sensibilidad de “poetas [...] para percibir los efectos de la injusticia en la vida concreta de las personas”.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse si es posible aprovechar los conocimientos y elementos referentes al derecho y la literatura frente a los juegos de rol. En este escrito se afirmará que ello si es posible y, de hecho, muy provechoso, en tanto aquellos juegos pueden ser considerados como una manifestación “literaria” que, al igual que acontece con las historietas (Caicedo Tapia, 2017, p. 84), permiten relacionar dimensiones cognitivas y emocionales.

1. LA POSIBILIDAD DE APLICAR ANÁLISIS DE "DERECHO Y LITERATURA" A LOS JUEGOS DE ROL, COMO MANIFESTACIÓN ARTÍSTICA COLECTIVA

El estudio de los beneficios didácticos y analíticos que se pueden obtener con una "lectura" jurídico-crítica de los juegos de rol exige, como presupuesto, indagar si, acaso, es posible considerar a los juegos de rol como "literatura" o manifestación artística.

La respuesta, a mi juicio, es afirmativa por dos razones. En primer lugar porque, si se parte de una concepción del arte como aquella defendida por el célebre autor ruso Tolstoy (2012, pp. 137-138), según quien el mismo corresponde a la expresión y transmisión de sentimientos y sensaciones, es posible afirmar que los juegos de rol permiten la experiencia e identificación de vivencias con ocasión de la inmersión que promueven. Esto ocurre debido al hecho de que en aquellos juegos los participantes asumen la identidad o el papel de un personaje que interactúa y reacciona a estímulos y situaciones presentes en un entorno narrado por un director, tradicionalmente llamado como *Game* o *Dungeon Master*. Los jugadores participan en una mesa física o virtual (TRPG o *Tabletop* RPG, por sus siglas en inglés).[62] En las dinámicas presentes en aquellos juegos, entonces, están presentes dinámicas narrativa oral o escrita interactiva, lo que puede reforzar la identificación de sensaciones por parte de los jugadores.

En segundo lugar, y complementando a las dimensiones artísticas que pueden tener los juegos de rol, puede incluso considerarse que los mismos son una expresión literaria. ¿Por qué razón? Por el hecho de que los mismos se canalizan a través de diálogos e interacciones entre los participantes en la mesa y con el contexto social en el que operan los juegos descrito en los textos de los mismos. Esto hace que sea posible considerar a los juegos de rol como una actividad dialógica que, usando una serie de reglas compartidas y aceptadas por los jugadores, ofrece un marco narrativo y de diálogo y experimentación. Este entorno puede considerarse, en tal virtud, un "texto" de actividad literaria *interactiva*. Al respecto, es útil tener en cuenta lo afirmado por los autores Jara y Torner (2018), en el sentido de que:

62 Existen "mesas" virtuales como Roll20 o Fantasy Grounds que *no son* juegos de rol de computador sino juegos de rol de mesa tradicionales que se juegan a distancia, aprovechando las posibilidades actuales de comunicación remota para realizar videoconferencias. Estos juegos se consideran como TRPG virtuales.

> [W]hat is 'literature', and to what extent can role-playing games (RPGs) be counted as such? [...] Literary works are also often described as *texts* (from the Latin *textum* for fabric or web), that is, as systems of interconnected signs. Because all human action arguably involves signification [...] '*text' has come to include verbal language and languages of other media* [...] A play report is a text. A 70-hour computer RPG (CRPG) is a text [...] In Literary Studies, *literature is commonly defined by a specific use of form of language* [...] Interactive fiction (IF) is a form of fiction that reacts to the input of a reader or audience.

Efectivamente, en los juegos de rol hay una multiplicidad de símbolos y signos (verbales e incluso semióticos) que emanan de los participantes en el mismo. Adicionalmente, por los intercambios presentes en el juego, el texto se construye de forma colectiva y ofrece experiencias de los distintos personajes, quienes reaccionan de forma interactiva según determinen los jugadores (dependiendo en cierta medida el éxito de sus acciones de las reglas del sistema de juego que elijan).

Habiéndose concluido que los juegos de rol *sí* pueden constituir una actividad literaria y artística colectiva e interactiva lúdica, el siguiente interrogante que emerge es el referente a la posibilidad de analizarlo a la luz de los criterios del "derecho y la literatura". Ello es, ciertamente, posible (como se colige de la naturaleza literaria de los juegos de rol), en la medida en la que se aborden, de forma expresa o implícita, cuestiones socio-normativas en los mismos. Es decir, cuando, según se expone en términos del "derecho *en* la literatura", en los juegos de rol se puedan abordar cuestiones sociales sobre las que se ocupan los derechos de los Estados o el derecho internacional.

A mi parecer, para que el anterior presupuesto se cumpla, no es indispensable identificar en la narración de un juego de rol una norma jurídica concreta. Menos aún sería indispensable que se describa una institución que coincida expresa o implícitamente con la presente en algún Estado o en el derecho. Por el contrario, sostengo que para aprovechar los análisis del derecho y la literatura sería suficiente con identificar situaciones en las que los jugadores se enfrenten a *problemas socio-jurídicos.* Ellos no se refieren necesariamente (aunque también podrían aludir) a problemas estrictamente relativos a la aplicación del derecho en términos de su interpretación o efectividad. Trascendiendo estas posibilidades concretas, es suficiente con que los jugadores se enfrenten a situaciones en las que surjan interrogantes sobre regulación de las conductas y la respuesta social a las mismas. Llego a esta

conclusión acudiendo a una noción propuesta en algunos estudios de derecho comparado, según los cuales es menester identificar problemas sociales que el derecho o las sociedades tengan la función de enfrentar, según ha explicado, por ejemplo, Müller-Graff (2009, p. 262).

A la luz de este prisma, es posible observar que quienes dirigen los juegos de rol o tienen personajes en los mismos pueden enfrentarse a interrogantes sobre cómo prevenir ciertas conductas o responder a las mismas, o incluso sobre la mejor manera de gobernar o manejar relaciones internacionales, entre muchos otros aspectos que se refieren a problemas sociales que el derecho está llamado a abordar.

Un ejemplo que se ha identificado por parte de algunos jugadores (The Planar DM, 2019) es el referente a la condena de la tortura, en tanto es posible que los jugadores deseen obtener información y se vean tentados a condonar o realizar directamente una tortura, supuesto en el que es importante que el narrador muestre, de forma interactiva y a través de los resultados de las acciones de los personajes, que la tortura genera un sufrimiento inadmisible que vulnera la dignidad humana al emplear a alguien como un fin y es además, en muchas ocasiones, poco confiable.

Otro ejemplo, que de hecho he manejado directamente, en juegos que he dirigido es el alusivo a los daños colaterales en los conflictos armados, permitidos en el derecho internacional humanitario si son proporcionales (artículo 51.5.b del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949). En este caso he observado que hay jugadores que han reaccionado a las escenas narradas eligiendo acciones que obedecen a su consideración de que, incluso si una acción sería lícita, no necesariamente sería moral, lo que exige que comprendan y conozcan el derecho aplicable (que les informé) y emitan juicios de valor frente al mismo a la luz de las implicaciones que tendría su conducta.

Teniendo en cuenta que es posible enfrentar problemas socio-jurídicos en las sesiones de los juegos de rol, que a su vez son una actividad narrativa colectiva; y que en consecuencia es posible analizarlos a través del prisma del derecho y la literatura, cabe plantearse qué objetivos pueden o pretenden alcanzarse por medio de la realización de aquel análisis. Esto exige indagar, además, cuán efectiva podrá ser la búsqueda de aquellos objetivos en un entorno lúdico, el que de hecho ofrece muchos beneficios didácticos. Este aspecto se analizará en la siguiente sección.

2. LOS OBJETIVOS PEDAGÓGICOS, CRÍTICOS Y DE EMPATÍA FRENTE A ASUNTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN ALCANZARSE

El hecho de que, probablemente, una gran mayoría de jugadores opte por participar en los juegos de rol para alcanzar un objetivo de entretenimiento, no debe llevar al equívoco de considerar que esta intención socava la posibilidad de indagar por posibles beneficios en términos de análisis jurídico que acarree la participación en ellos. Al respecto, es menester tener en cuenta la noción del *homo ludens* (Galante, 2015) y el potencial de aprendizaje que conlleva la participación en actividades de juego. Siendo esto así, no es irrazonable considerar que la participación en las sesiones de los juegos de rol puede servir para facilitar la obtención de ciertos objetivos adicionales a los de entretenimiento. Entre aquellos objetivos, podemos incluir algunos de naturaleza *pedagógica* o *crítica* socio-normativa. Los primeros responden, por una parte, a la posibilidad de informar o educar sobre la existencia y las exigencias del contenido de ciertas normas jurídicas, por ejemplo, en lo referente a conductas permitidas y prohibidas durante los conflictos armados, como podría hacerse cuando el narrador describa la condena de alguien condenado por crímenes de guerra cometidos durante una confrontación bélica, como el asesinato de prisioneros de guerra. Por otra parte, y trascendiendo los análisis de derecho positivo, los jugadores podrían discutir sobre estrategias que perseguirán para buscar la internalización de estándares en poblaciones que dirijan, para incrementar la potencial efectividad de las normas en cuestión, o que permitan manejar los efectos de la aplicación del derecho.

En otras palabras, no sólo es posible educar sobre lo que *dice* el derecho, sino, además, provocar discusiones críticas sobre conveniencia, efectividad y legitimidad de conductas y estándares en distintas sociedades. Un ejemplo podría corresponder a los debates generados en una sesión en los que se discuta cómo facilitar una transición, y qué conductas no podrían ser amnistiadas; o por qué convendría llenar vacíos normativos mediante una actividad legislativa (sugerida por los personajes a los dirigentes o efectuada directamente por ellos si tienen un rol parlamentario, como es posible, por ejemplo, en el mundo de Eberron, cuya sociedad ha alcanzado un desarrollo político en el que existe un parlamento con una cámara de lores y una cámara de los comunes, en concreto en el Estado de Breland).

Lo anterior es posible en la medida en que puede haber cuestiones sobre el derecho o problemas socio-jurídicos presentes en escenarios que surjan durante el juego (que surjan espontáneamente o por haber sido incluidos por decisión del "Dungeon o Game Master"). Para que esto acontezca, no es siquiera necesario decir expresamente que hay aspectos jurídicos, toda vez que los jugadores podrán enfrentarse intuitiva o inconscientemente a los mismos sin emplear denominaciones normativas, lo cual refuerza a la vez la idea de que los interrogantes socio-jurídicos surgen de forma inevitable en la vida social.

A su vez, las situaciones *en el juego* que presenten aspectos normativos pueden presentarse en términos tanto descriptivos, como puede ocurrir cuando se ilustre o aluda a normas o debates jurídicos existentes en la vida real, como los referentes a la posibilidad, o no, de defenderse de ataques provenientes de un grupo no estatal ubicado en un Estado vecino, pudiendo los jugadores inspirarse en debates sobre la legítima defensa del derecho internacional; como críticos, que surgen cuando se cuestionen los fundamentos, la efectividad, legitimidad o conveniencia de normas, prácticas e interpretaciones (como, por ejemplo, en lo concerniente al reconocimiento de Estados).

Ahora bien, es justo preguntarse si el abordar interrogantes críticos o pedagógicos a través de juegos de rol ofrece alguna ventaja. De hecho, ofrece al menos dos: por una parte, amplía el espectro de los posibles sujetos que adquieran información o discutan sobre cuestiones normativas y, por la otra, facilita el aprendizaje intuitivo e inconsciente merced a la naturaleza lúdica de los juegos de rol.

Al respecto, es importante resaltar que una de las ideas relevantes que ofrecen los estudios sobre derecho y literatura en cuanto a la posibilidad de alcanzar objetivos pedagógicos y de análisis crítico del derecho, que es aplicable a mi parecer a los juegos de rol, corresponde a la noción de los "espacios seguros". Al respecto, cabe afirmar que la actividad lúdica de los juegos de rol se desarrolla en un espacio que puede ser descrito como una suerte de laboratorio en el que los participantes pueden interactuar y emprender actividades con relevancia socio-jurídica sin que sus acciones en el juego tengan implicaciones negativas en la vida real. Esto permite hacer ensayos y aprender de los mismos, entre otros aspectos a la luz del impacto de las acciones sobre distintos personajes (lo que favorece, a su vez, la generación de identificación y empatía).

El espacio seguro de los juegos hace que sea posible, por ejemplo, identificar conductas problemáticas cuyo análisis facilite a los jugadores comprender por qué es socialmente relevante prohibir determinadas conductas (como la tortura, según se describió párrafos atrás); o "experimentar" a través del juego por qué el derecho ha sido desarrollado en determinadas sociedades imponiendo ciertas limitaciones u otorgando determinadas libertades no reconocidas en otras; y si es imperioso o conveniente hacer transplantes o "importaciones" y cambios normativos en determinados grupos.

Así, por ejemplo, la actividad de los jugadores en sociedades autoritarias ficticias, como Riedra o Karrnath en el mundo de Eberron, donde o bien se prohiben la libertad religiosa y de expresión o se eliminan garantías del debido proceso, hará que los personajes de los jugadores experimenten o perciban, directamente o a través de sus interacciones con personajes no jugadores (NPCs, en el argot anglófono de los juegos de rol) con los que entablen relaciones, la inconveniencia o injusticia (que puede ser percibida incluso de forma intuitiva, según exponen ciertos filósofos en el ámbito de los derechos humanos, como Sensen (2011, p. 72)) de determinadas regulaciones y sistemas políticos.

De forma adicional a la ventaja que ofrece en términos de experimentación sin riesgos, algunos autores han afirmado que los espacios seguros pueden incrementar las posibilidades de enseñar y en un entorno lúdico. Esto refuerza la hipótesis, presentada en este estudio, de que es posible educar sobre problemas socio-jurídicos a través de los juegos de rol. Al respecto, es conveniente tener en cuenta lo afirmado por Hammer (2018), en el sentido de que:

> [I]ncidental learning [...] happens while people are taking part in other activities [...] RPGs offer key strengths to support educational goals [...] well-designed games can *illuminate* principles of good learning, particularly from a sociocultural approach. For example, *games provide a space of "psychosocial moratorium" where real-world consequences are lowered. Gee argues that good learning, too, requires a psychosocial moratorium*.

La facilidad de aprender en un entorno lúdico, y la posibilidad de abordar cuestiones socio-normativas en los juegos de rol, confirman que es posible promover la educación y el análisis crítico sobre aspectos del derecho a través de ellos. Dicho esto, es menester indagar

si, desde una perspectiva jurídica, es *útil* hablar sobre el mismo en un juego. Sostengo que la respuesta a este interrogante es un rotundo sí.

Por una parte, conviene recordar que se ha considerado que la diseminación del conocimiento sobre el derecho constituye un mecanismo que puede incrementar la efectividad de su observancia y aplicación, en tanto la ignorancia de las exigencias jurídicas hará que sea más probable su incumplimiento. Así, por ejemplo, al estudiar las dinámicas de correspondencia de la conducta con lo prescrito en las normas jurídicas, Koh (1997, p. 2600) consideró que el nivel más bajo de observancia del derecho corresponde a la *coincidencia*, que se configura cuando un actor se comporta de conformidad con lo que dictamina el derecho, pero no lo hace motivado por el deseo o la intención de seguir sus mandatos. Sencillamente, su conducta se alinea con el mismo porque lo que desea hacer coincide con lo que dispone el derecho. Pero podrían no alinearse estos dos factores, y si se desconoce lo dicho por el derecho ello es más probable.

Adicionalmente, algunos autores han afirmado que, desde la perspectiva del cumplimiento e implementación del derecho, la educación e información sobre el mismo tiene una importancia que es imposible exagerar. Al respecto, y frente al derecho internacional humanitario, Kalshoven y Zegveld (2003) han considerado que: "[t]he better the rules of humanitarian law are known, the greater the chance that they will be respected in practice [...] the dissemination of the applicable law is a 'must' under Protocol II as well" (p. 140).

Dicho esto, la educación e información sobre el derecho no son un mecanismo *suficiente* en términos de garantizar su observancia, pero si puede incidir en ella, y su ausencia puede redundar en un incremento en las posibilidades de incumplimiento, por las razones descritas líneas atrás.

Resuelto lo anterior, surgen dos preguntas adicionales: ¿es útil o interesante que jugadores de rol, quienes no necesariamente tienen experiencia en, o funciones laborales relacionadas con, el derecho, se eduquen sobre el mismo, especialmente en cuestiones fundamentales como las alusivas a los derechos humanos o a crímenes internacionales? ¿El informar sobre el derecho a través de juegos de rol redunda en forma negativa en la posibilidad de analizarlo de forma crítica?

En cuanto a lo primero, la respuesta es afirmativa. Esto puede concluirse si se tienen en cuenta un concepto jurídico, como lo es el de la subjetividad, y uno de análisis económico del derecho, a saber: el de los *stakeholders*. En primer lugar, los derechos interno e internacional tienen con frecuencia como destinatarios directos de sus normas a los seres humanos, a quienes incluso no se les permite excusarse en términos de responsabilidad por el hecho de ignorar la ley, según se dispone en legislaciones internas y se sostiene en el artículo 32 del Estatuto de Roma o en decisiones como aquella del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kononov contra Letonia.

Precisamente por ser destinatarios o sujetos del derecho, los seres humanos pueden gozar de derechos o tener obligaciones o cargas jurídicas, y ello hace que sea conveniente educar a los jugadores sobre el *contenido* de los derechos fundamentales o humanos de los que gozan, de las obligaciones jurídicas que tienen, y sobre la relevancia de las normas que los regulan. Esta función puede facilitarse, por las razones expuestas anteriormente, a través de los juegos de rol.

Lo anterior puede acontecer, por ejemplo, si los personajes de los jugadores operan en mundos o escenarios en los que es invoquen derechos como la libertad de expresión o surjan situaciones en las que se ponga de manifiesto su relevancia (por ejemplo, si desean criticar cierta política). Incluso si en el mundo ficticio en cuestión se vulneran, o no existen libertades, que si tienen los jugadores, es posible generar dinámicas de análisis y aprendizaje en términos de "choque".

Lo anterior también resalta la importancia de sobre la tolerancia o el civismo, y de generar consciencia sobre las responsabilidades que todos los seres humanos y grupos tienen frente a los demás, cuestión a la que alude el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al afirmar que nada "confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

En últimas, se sigue que es posible educar en un entorno lúdico no sólo sobre qué dice el derecho, sino además acerca sobre el *por qué* algunos ordenamientos jurídicos disponen determinadas cosas, lo cual puede reforzar la percepción de la legitimidad del contenido de las normas, que a su vez puede incrementar su respeto (Koh, 1997, p. 2602), por parte de los jugadores. Sobra decir que también pueden

generarse críticas admisibles sobre aspectos inadecuados de ciertas normas o prácticas, especialmente porque en un contenido literario, incluso ficticio, se abordan cuestiones de la realidad (Avila Santamaría, 2018), p. 389) y se promueven no sólo análisis racionales sino, además, emotivos (Caicedo Tapia, 2017, p. 82).

Además de la posibilidad de aprender y comprender, de forma lúdica (lo cual facilita el aprendizaje) sobre los derechos y obligaciones que tienen los jugadores y otros seres humanos, los juegos de rol también permiten examinar cómo la aplicación (o no) del derecho impacta en la vida de distintos actores y el medio ambiente, por ejemplo al reaccionar o presenciar los efectos de ciertas conductas frente a personajes no jugadores (NPCs). Ciertamente, a través de los juegos de rol es posible interactuar con personajes dirigidos por el narrador que son terceros afectados por la aplicación (o no) del derecho. Los jugadores pueden relacionar cómo en la vida real también hay personas afectadas, por ejemplo, por la falta de protección estatal o de prestaciones sociales. Adicionalmente, es posible observar durante las sesiones de juego cómo ciertas conductas generan externalidades o efectos que tienen un impacto sobre diversos actores. Un ejemplo de ello sería una situación en la que se realizan experimentos por parte de un grupo mercantil (la casa Jorasco) sobre personas, o niegan asistencia médica a quienes carecen de recursos, en el mundo de Eberron. También podrían identificarse consecuencias de la contaminación y presentar de forma dramática los efectos de la misma (por ejemplo, en el mismo mundo ficticio algunos druidas estiman que la magia, que es afín a la tecnología en aquel mundo, puede destruir el medio ambiente, y quizá ello llevó a la desaparición de una nación). Estas situaciones e interacciones pueden suscitar inquietudes de los jugadores sobre la importancia de llenar vacíos normativos y de protección.

Después de todo, a través de los juegos de rol, es posible "experimentar". Como reacción a tal estímulo, los jugadores pueden debatir sobre cuestiones jurídicas discutidas en nuestro mundo, como ocurre con problemas del derecho internacional entre los que se incluyen algunos relativos a la legítima defensa: si ella puede (y debe) o no ser preventiva, generarse frente a acciones cibernéticas (pudiéndose hacer analogías con la magia) o frente a actores no estatales.

Al respecto, mundos ficticios como Eberron o Birthright, con conflictos armados potenciales o pasados, permiten a los jugadores y narradores discutir y *pensar* sobre aspectos socio-normativos, adquiriendo

consciencia, si se acude a las fuentes pertinentes, sobre las normas y su vaguedad relativa, además de informarse sobre distintas posturas jurídicas y políticas que se han planteado frente a problemas jurídicos como los expuestos, las cuales pueden buscar los jugadores para buscar ser persuasivos en las situaciones que enfrentan sus personajes o movidos por inquietudes generadas en las sesiones de juego.

También es posible procurar que los jugadores adquieran consciencia sobre la naturaleza del derecho como construcción social, al observar que las leyes y expectativas sociales frente a ciertas conductas no coinciden en el mundo real y el mundo ficticio en el que participan sus personajes. Al reconocer que muchas instituciones jurídicas difieren en distintas sociedades, los jugadores pueden llegar a valorar conquistas normativas de sus sociedades (por ejemplo, en términos de garantías democráticas y procesales o instituciones concretas como el *habeas corpus*) y adquirir consciencia sobre sus deficiencias y limitaciones (en términos de contenido o efectividad), entendiendo por qué factores sociales e históricos pueden explicar ciertas diferencias en las instituciones de los ordenamientos jurídicos de distintos Estados, especialmente si hay jugadores con distinto origen.

Además de la función educativa o de *descripción* sobre las normas de las cuales son destinatarios los jugadores y sus posibles defectos, y además de poder generar consciencia sobre cómo ciertas conductas con relevancia jurídica afectan a terceros y qué interpretaciones se debaten en el mundo actual, los juegos de rol pueden promover un objetivo adicional: el relativo a la sensibilización y la empatía, importante cuestión a la cual han aludido, entre otros, Nussbaum (pp. 1482, 1486-1487, 1490-1491, 1506, 1512, 1515-1516).

La literatura en general, y los juegos de rol como manifestación particular de la misma, pueden ofrecer a quienes piensan sobre temas jurídicos (no necesariamente juristas, en tanto el derecho afecta a todos con independencia de sus labores, ASIL, 2018) la posibilidad de “vivir” y percibir cómo las normas o prácticas e interpretaciones jurídicas pueden afectar a distintas personas. Esto puede obtenerse de forma vicaria a través de las experiencias de los personajes de los jugadores o de terceros con quienes ellos interactúan. En Eberron, el mundo que usamos como caso de estudio, se debaten, entre otras cuestiones, asuntos sobre la protección de refugiados (de Cyre, una nación destruida en la llamada “última guerra”) y el rechazo de distintos Estados a darles una bienvenida, lo que genera su indefensión, dinámica

que lamentablemente está presente en nuestro mundo, como ocurre con quienes han huído de Venezuela; la "ciudadanía" o el reconocimiento de personalidad jurídica a distintos sujetos, como se debate en ese mundo frente a unos seres creados de forma artificial pero que son sentientes (llamados *Warforged*); o cuestiones diplomáticas, entre otros aspectos. Al respecto, es posible que los jugadores con conocimientos de derecho experimenten cómo debates que quizás percibían anteriormente como excesivamente teóricos (por ejemplo, sobre nacionalidad y discriminación) tienen implicaciones dramáticas en la vida concreta de los individuos. Esto puede hacer que tales jugadores cuestionen las normas o interpretaciones en términos de su legitimidad, pertinencia, suficiencia o identificación de vacíos, entre otros aspectos; y que se solidaricen con quienes no tienen un nivel suficiente de protección adecuada, por ejemplo desencadenando acciones e iniciativas en clínicas jurídicas y otros entornos.

Lo anterior pone de relieve que al describir o educar sobre el derecho existente no se excluye en modo alguno la posibilidad de examinar críticamente el derecho a través de los juegos de rol. Por el contrario, el hecho de que en los juegos de rol sea ineludible el factor de la *agencia* de los jugadores, que es muy amplia en ellos al poder decidir qué hacer de una forma equivalente a la posibilidad de actuar que tienen los seres humanos (y que es mucho más amplia que el abanico de posibles acciones y omisiones en videojuegos), permite que los jugadores cuestionen normas o vacíos jurídicos (incluso sin llamarlos como tales) y busquen indagar al respecto o proponer cambios en las sesiones de juego (por ejemplo, buscando a criminales fugitivos y respetando sus garantías procesales). Ciertamente, en cuanto a la noción de agencia Cover (2010) ha dicho que la diferencia principal entre juegos de rol de mesa (TRPGs) y de computador (CRPG) "is not that the TRPG invoves social contact (as that is becoming more common in computer games as well), but that the *nature* of that social contact is one that *involves a high degree of agency*" (p. 48, énfasis añadido).

Dicho lo anterior, la agencia o libertad de acción y toma de decisiones no constituye en sí misma un factor suficiente que el análisis crítico de cuestiones políticas o socio-jurídicas en los juegos de rol. Esto obedece al hecho de que algunos grupos y jugadores abordan aquellos juegos desde una perspectiva preponderantemente en términos de *juego* y preocupados sobre todo por las reglas del mismo. El análisis crítico se hace más probable cuando los juegos presentan dinámicas más *narrativas o simulacionistas*, en tanto será más probable en esos casos que se

presente una "experimentación" de lo que distintos personajes y actores del mundo ficticio sienten y vivencian en tales eventos. En consecuencia, en aquellos eventos es más probable que en la "mesa" de juego surjan cuestionamientos e interacciones que, entre otros aspectos, se refieran a los problemas socio-jurídicos comentados. Al respecto, conviene mencionar que, bien en la práctica los jugadores experimentan en mayor o menor medida las tres dimensiones, Tresca (2011) los juegos de rol entrañan tres tipos de experiencias, a saber, de juego, de narración y de simulación, descritas de la siguiente manera:

> Ron Edwards breaks down role-playing games into three kinds of experiences: gamist, narrativist, simulationist. Gamists seek victory and loss conditions and play the role-playing game like other forms of gaming—with the goal of winning. *Narrativists enjoy story first and foremost, attempting to tell a good tale through narrative conflict and even failure. Simulationists attempt to accurately and realistically reflect the imagined world"* (p. 67).

Teniendo en cuenta la anterior explicación, puede decirse que las dinámicas de narrativa en los juegos de rol permiten identificar problemas humanos o sociales identificados en las "vivencias" durante el juego, que pueden ser "experimentadas" cuando se potencian la simulación social y las interacciones en los juegos de rol de forma *inmersiva* (siendo la inmersión un aspecto sobre los juegos de rol estudiado por autores como Mackay, 2001, p. 28). A su vez, la gran agencia de la que gozan los jugadores les permite reaccionar frente a problemas socio-normativos narrados y percibidos de forma directa. Al respecto, es notable que en los juegos de rol hay un protagonismo y un papel más activo que el de los "lectores" tradicionales, quienes en todo caso, aún en la literatura tradicional, con frecuencia otorgan significados y sentidos a lo que leen, incluso si el autor no pensó en ello.

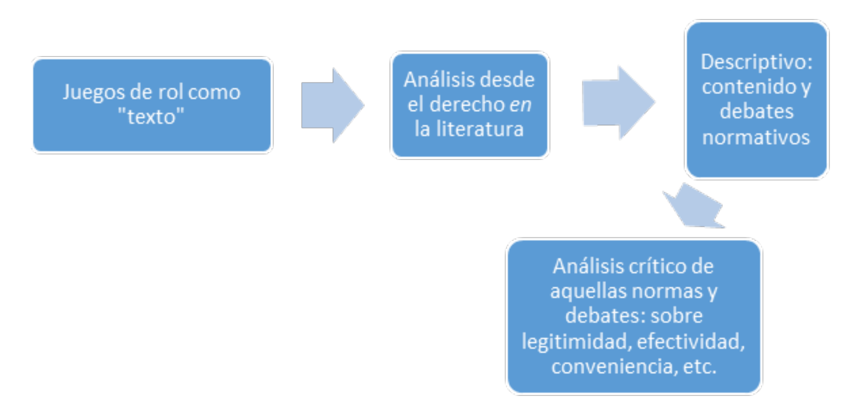
De forma similar, en los juegos de rol pueden identificarse problemas socio normativos o se puede reaccionar frente a ellos, incluso si no han sido identificados expresamente por el narrador del juego o por los creadores de materiales para los mismos. Esto se explica en tanto la realidad humana puede ser considerada como un "nomos", en el que frecuentemente se presentan cuestiones sobre conductas, responsabilidad y regulación con significados y significantes construidos e identificados socialmente (Carrillo-Santarelli, 2018, p. 5), los cuales pueden proyectarse inconsciente o conscientemente en los juegos de rol, que como actividad humana los abordará en mayor o menor medida. Los

jugadores y narradores pueden terminar examinando críticamente tópicos socio-jurídicos desde distintas perspectivas y lecturas, por ejemplo cuestionando el excesivo ánimo de lucro de las casas con marca de dragón de Eberron, que actúan como mega-corporaciones exclusivamente interesadas en el lucro, a través de lecturas o perspectivas marxistas, constructivistas o de otra índole. Sobre estas cuestiones, es importante tener en cuenta que, para Jara y Torner (2018):

> Playing an RPG involves many forms of interpretation [...] *we may relate the game to our knowledge of other texts (intertextuality) and to our real-world ideas and experiences. This can be described as the difference between understanding and interpreting a game* [...] The latter involves *going beyond what we could call the 'literal' understanding of the game in order to make observations that relate to its 'deeper' meaning* [...] interpretation was less a question about what a text meant as about how it worked [...] For 'Marxist' criticism and the later 'New Historicist' approach, on the other hand, context was decisive in conferring meaning to a text. Literature, they argued, was a *product of its time and was to be seen as symptomatic of the social, economic, historical, and ideological contexts surrounding it.* Yet another perspective was taken by the so-called reader-response theories. There emphasized the active participation of readers and audiences in *cognitively constructing and conveying a text's meaning.* Although subjective, meaning was not random but rather a *'negotiation' between the reader—their knowledge and expectations—and the semantic structures present in the text.*

Para concluir la explicación sobre las interacciones y objetivos con relevancia socio-normativa que pueden presentarse en los juegos de rol, conviene ilustrar de forma gráfica un resumen sobre las razones que la posibilidad de abordar cuestiones jurídicas a través de los juegos de rol, de la siguiente manera:

Gráfico 1. Representación juegos de rol



Elaboración: Propia

3. EBERRON COMO UN CASO DE ESTUDIO

Los juegos de rol que usan las reglas del popular sistema *Dungeons & Dragons* y se enmarquen en el mundo ficticio llamado Eberron pueden ilustrar lo expuesto en las anteriores secciones. A lo largo de este escrito, he identificado algunos de los problemas socio-normativos presentes en el mismo. Probablemente, muchos de ellos no fueron percibidos como tales por parte de los autores de los libros sobre tal mundo, pero precisamente ello confirma la relevancia de hacer un estudio de derecho y literatura al respecto: primero, porque aluden a cuestiones que efectivamente interesan desde una perspectiva jurídica, y vistos desde el prisma de la misma perspectiva es posible identificar aspectos que no son aparentes si se observan desde otra óptica.

A continuación, mencionaré tan solo algunos de los problemas que pueden identificarse desde una visión jurídica en el mundo de Eberron, habiendo sido otros examinados atrás en este texto. En Eberron, acaba de culminar una guerra civil de sucesión dinástica, que ha concluido tras la celebración entre diversas naciones de un tratado de paz (el acuerdo de Thronehold), en el que se reconoce a diversas naciones como Estados y se excluye a otras. El acuerdo fue motivado por el temor a que se replicase la destrucción de una nación (Cyre), lo que

puede generar interesantes interrogantes de jugadores sobre la amenaza de las armas nucleares.

Además, quienes huyeron de esa destrucción han sido rechazados o bienvenidos en mayor o menor medida en otros Estados y enfrentan reacciones xenofóbicas, lo cual permite abordar, a su vez, análisis empáticos sobre la protección de los refugiados. Otro problema que existe en ese mundo se refiere a la posibilidad de que los Estados regulen conductas corporativas transnacionales, en tanto existen casas mercantiles con una influencia económica que rivaliza aquella de los Estados, y permite examinar iniciativas como la propuesta de celebrar un tratado sobre empresas y derechos humanos, propuesta por Ecuador y Sudáfrica. También es posible identificar en ese mundo dilemas sobre la efectividad de la jurisdicción penal internacional, en tanto en el tratado de Thronehold se constituyó un Tribunal Penal Internacional, con el cual los Estados no cooperan cuando no les interesa que juzgue a sus propios nacionales, lo cual se hace eco de problemas en nuestro mundo, como aconteció con el retiro de visado a la fiscal Fatou Bensouda por parte de los Estados Unidos de América antes de que se decidiese sobre la autorización de investigar presuntos crímenes internacionales cometidos en Afganistán.

Los anteriores elementos demuestran cómo un mundo ficticio y los juegos ambientados en el mismo permiten explorar problemas sobre regulación de conductas, efectividad y facilitar el análisis crítico de los mismos. Debido a su historia bélica reciente y al desarrollado sistema jurídico en el continente de Khorvaire en Eberron, los juegos ambientados en el mismo facilitan el examen de cuestiones jurídicas históricas y actuales (en términos de su impacto, legitimidad, explicación, y otros aspectos) sobre aspectos como:

Regulación de conflictos armados y sanción de conductas graves, como las relativas al juzgamiento de criminales internacionales por parte de un órgano internacional con pocos recursos y apoyo por parte de los Estados; competencias extraterritoriales y cooperación transnacional frente a extradiciones y entregar (existen autoridades transnacionales como los “Sentinel Marshall” de la casa Deneith); controversias fronterizas y sobre el (no) reconocimiento de Estados o de gobiernos (ejemplificado en Drooam, Valenar y Darguun, que aspiraron a un reconocimiento por parte de otros Estados; o consistentes en disputas territoriales entre los Eldeen Reaches y Aundair o Aundair y Thrane, pudiéndose discutir aspectos técnicos sobre

fronteras y tratados o sobre legitimidad y autodeterminación de los pueblos); regulación de conductas durante las hostilidades durante la "Última Guerra" de Eberron (incluso se prohíben crímenes de guerra, llamados como tales, y se facilitan las discusiones sobre qué persigue el derecho penal internacional, lo que es debatido por la doctrina contemporánea: ¿lucha contra la impunidad, facilitación de relaciones pacíficas?); relaciones internacionales; esclavitud (en Darguun) y su prohibición absoluta por diversos Estados (facilitando la explicación de qué es el ius cogens y por qué existen normas con una jerarquía superior con independencia de lo que digan los Estados de forma aislada); visados y viajes (libertad de circulación); prohibición de estupefacientes y su impacto (un narcótico famoso de ese mundo es el llamado *Dreamlily*); rescate de tesoros y patentes de corso; o incluso sobre la utilidad de títulos valores (empleados por las casas Kundarak y Sivis del mundo de Eberron).

4. CONCLUSIONES

Los análisis teóricos del derecho y la literatura son perfectamente aplicables a los juegos de rol, en cuyas sesiones de juego pueden presentarse problemas jurídicos latentes, proyectados de forma intencional o no por parte de autores, narradores y jugadores. Estos últimos pueden "experimentar", enfrentar gracias a la amplia agencia que otorgan los juegos de rol, o discutir en términos de legitimidad y efectividad, problemáticas de regulación de conductas.

La facilitación que otorga la libertad de los jugadores para tomar decisiones e interactuar permite generar un entorno seguro de aprendizaje; y la transmisión de sensaciones que facilita la dimensión simulación que con frecuencia tienen los juegos de rol puede facilitar el desarrollo de empatía en relación con problemas que afectan a muchos seres humanos.

En general, puede decirse que ciertas interacciones y escenas pueden permitir el desarrollo de actividades "educativas" sobre la existencia, contenido e interpretaciones del derecho (internacional o interno), incluso si en un comienzo no se pensó en tal dimensión; y además, por la curiosidad humana y por las emociones que pueden despertar los juegos de rol, los jugadores y narradores pueden verse estimulados a análizar críticamente realidades de la práctica jurídica en términos su efectividad, conveniencia, causas y consecuencias, legitimidad y

limitaciones, abordando de esta manera su análisis interactivo desde una óptica no meramente descriptiva sino, adicionalmente, crítica.

¿Pero pueden los juegos de rol ocuparse de cuestiones sociales, trascendiendo las inquietudes particulares de sus jugadores? La respuesta es afirmativa, en tanto aquellos juegos permiten identificar, proyectar o poner de manifiesto no sólo aspectos psicológicos individuales, sino también problemas sociales y jurídicos. Al respecto, Fine (2002) ha considerado que:

> [I]t is not sufficient merely to provide a descriptive ethnography of a social world, but [...] we must attempt further to comprehend the dynamics by which it operates. Through an understanding of these dynamics it is hoped we will acquire insight into other social systems in which the same or similar processes operate. Fantasy gaming is, to be sure, a unique social world (p. 242).

Después de todo, y complementando lo anterior, autores como Bowman (2010) han estudiado cómo los juegos de rol pueden ser vistos como una:

> *"[P]sychological tool to examine themselves and others within shifting contexts and situations* [...] three major functions that role-playing games serve: community building, *problem-solving, and identity alteration* [...] Fantasy role-playing involves fracturing reality and refracting it from a *different perspective. This process can provide both a heightened sense of self-awareness* [..] Not only can people share repressed, sometimes frightening parts of themselves in a safe space, but they can better *understand the perspectives of others*" (pp. 32, 57).

En consecuencia, ante la posibilidad de explorar temas socio-jurídicos a través de los juegos de rol, especialmente cuando se juega en mundos ficticios que permiten abordar expresamente algunos problemas y debates de forma expresa o implícita, es posible aprovechar aquella oportunidad por parte tanto de narradores como de jugadores (quienes pueden plantear las discusiones o explorar el impacto del derecho merced a la libertad que les otorga la agencia en los juegos de rol de mesa física o virtual) para aprender o enseñar sobre el derecho o examinarlo de forma crítica en términos del análisis de cómo impacta el derecho en la vida concreta de quienes tienen necesidades, pudiéndose así, también, generar empatía por parte de los juristas y/o jugadores.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASIL (2018). *International Law: 100 Ways it Shapes our Lives*. Washington, DC, Estados Unidos de América: American Society of International Law.

Avila, S. (2018). Utopía, literatura y derecho. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura,* 4(2), 379-406.

Bowman, S. (2010). *The Functions of Role-Playing Games: How Participants Create Community, Solve Problems and Explore Identity*. Londres: McFarland & Company, Inc., Publishers.

Caicedo Tapia, D. (2017). El arte y medio de la historieta como herramienta pedagógica en y para la educación en derecho(s). En *Memorias del Congreso CEEAD sobre Educación Juridica 2016*. Monterrey, Estados Unidos Mexicanos: CEEAD.

Carrillo-Santarelli, N. (2018). A Look into The Human Rights and Inter-State Abuses of Foreign Powers and Autocrats in García Márquez: An International Law and Literature Study. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online,* 36(3), 1-21.

Cover, J. (2010). *The Creation of Narrative in Tabletop Role-Playing Games*. Londres: McFarland & Company, Inc., Publishers.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Fine, G. (2002). *Shared Fantasy: Role-Playing Games as Social Worlds*. Chicago: The University of Chicago Press.

Galante, L. (2015). 'Homo Ludens'. La importancia del juego en el aprendizaje. *Inevery Crea*. Recuperado el 18 de septiembre de 2019, de https://ineverycrea.mx/comunidad/ineverycreamexico/recurso/homo-ludens-la-importancia-del-juego-en-el/20515772-67c4-4169-83e3-ec8b0728774e

Hammer, J., To, A., Schrier, K., Bowman, S. y Kaufman, G. (2018) Cap. 15 Learning and Role-Playing Games. En R*ole-Playing Game Stu-*

dies: Transmedia Foundations. Nueva York, Estados Unidos de América: Routledge (version e-book).

Jara, D. y Torner, E. (2018). Cap. 14 Literary Studies and Role-Playing Games. En *Role-Playing Game Studies: Transmedia Foundations*. Nueva York, Estados Unidos de América: Routledge (version e-book).

Kalshoven, F. y Zegveld, L. (2001). *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law.* Ginebra: CICR.

Koh, H. (1997). Why Do Nations Obey International Law? *The Yale Law Journal,* 106(8), 2599-2659.

Mackay, D. (2001). *The Fantasy Role-Playing Game: A New Performing Art*. Londres: McFarland & Company, Inc., Publishers.

Müller-Graff, P. (2009). Cap. 16 Modern comparative law: the forces behind and the challenges ahead in the age of transnational harmonization. En *New Directions in Comparative Law* (pp. 255-270). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Nussbaum, M. (1995). Poets as Judges: Judicial Rhetoric and the Literary Imagination. *The University of Chicago Law Review*, 62(4), 1477-1519.

Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

Sensen, O. (2011). Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms. *European Journal of Political Theory,* 10(1), 71-91.

The Planar DM (2019). *Torture Should Not Work in Dungeons & Dragons*. Recuperado el 18 de septiembre de 2019, de http://theplanardm.com/torture-should-not-work-in-dungeons-dragons/

Tolstoy, L. (2012). *Qué es el arte.* Valladolid: Editorial Maxtor.

Tresca, M. (2011). *The Evolution of Fantasy Role-Playing Games*. Londres: McFarland & Company, Inc., Publishers.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). Caso Kononov contra Letonia. Sentencia.

Williams, M. (2014). *The Utility of 'Law and Literature' to Legal Education*. YouTube: Schulich Law, University of Exeter School of Law. Recuperado el 22 de mayo de 2019, de https://www.youtube.com/watch?v=WHFFzZlKuDI&t=892s

Recibido: 26/07/2019

Aprobado: 07/11/2019

Nicolás Carrillo Santarelli: Profesor asociado de Derecho Intenacional, Universidad La Savana

Correo electrónico: nicolas.carrillos@gmail.com

La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador

The reality of pre-trial detention in the face of criminal procedural reforms in Ecuador

Stefan Krauth
Asesor de despacho de la Defensoría Pública del Ecuador

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 207-228, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Este articulo muestra como las reformas procesales penales en el Ecuador acaban en un mejoramiento de la eficiencia del sistema penal, mientras se mantienen o incluso agravan sus debilidades tradicionales como es la arbitrariedad de la privación de la libertad. Mediante el estudio sobre la realidad de la prisión preventiva se puede demostrar no solamente la selectividad en la realización del plan de reformas, sino también la capacidad de resistencia de la cultura jurídica en la Región, el hiperlegalismo y su cumplimiento altamente selectivo, cuales bases materiales e históricas no han sido consideradas por los proveedores internacionales de asistencia. Finalmente, se debe constatar la *reconfiguración inquisitorial* del sistema adversarial.

PALABRAS CLAVES: prisión preventiva, reformas, sistema procesal, hiperlegalismo, reconfiguración inquisitorial.

ABSTRACT: This article shows how criminal justice reforms in Ecuador lead to an improvement in the efficiency of the criminal justice system, while maintaining or even aggravating its traditional weaknesses, such as the arbitrariness of deprivation of liberty. Through the study of the reality of pre-trial detention, it is possible to demonstrate not only the selectivity in the implementation of the reform plan, but also the resilience of the legal culture in the Region, hyperlegalism and its highly selective compliance, both historical factors that might not have been considered by international assistance providers. Finally, we must verify the *inquisitorial reconfiguration* of the adversarial system.

KEY WORDS: preventive detention, reforms, procedural system, hyperlegalism, inquisitorial reconfiguration.

INTRODUCCIÓN

Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. (Claus Roxin).

Los hallazgos del estudio empírico realizado por la Defensoría Pública del Ecuador (2008) sobre la realidad de la prisión preventiva en el país muestran arbitrariedades y defectos por parte de los operadores de la justicia a gran escala al dictar esta medida cautelar. No solo intranquilizan las cifras absolutas sobre las personas privadas de libertad por esta medida privativa de libertad[63], es decir de personas quienes, como es sabido, gozan de la presunción de la inocencia, más bien es el desacato *sistemático* de los mecanismos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuales tienen como objetivo *reducir* el abuso de la prisión preventiva, como también es sabido, notorio en nuestra Región (2017).

Con esto hago, sobre todo, referencia al principio de la proporcionalidad y a la obligación de *motivar* los autos dictando prisión preventiva. El estudio de 360 casos de prisión preventiva mostró que, contrario a las normativas mencionadas, en ninguno de los expedientes analizados, el juzgador haya considerado aspectos de la necesidad y proporcionalidad al dictar la medida cautelar. Ninguna de las resoluciones ha cumplido con las exigencias del ordenamiento jurídico en cuanto a la motivación.

63 Según datos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en el mes de septiembre de 2017 se encontraron un total de 12.680 personas privadas de libertad por prisión preventiva, es decir un 36,11 % del total de 35.223 personas privadas de libertad. Para entender mejor la proporción, cabe mencionar las cifras de Alemania: En el mes de noviembre del año 2016, 12.992 personas estuvieron encarceladas por prisión preventiva - ante la población alemana de 82.2 Millón (Ecuador: 16.39 Millón). Es decir, en el Ecuador, la tasa de la encarcelación por prisión preventiva es cinco veces más alta que en Alemania. Para el año 2018, esta cifra se aumentó nuevamente: actualmente, según el reporte del julio de 2018, son 13.946 personas privadas de libertad por prisión preventiva.

Bajo el código vigente, la prisión preventiva sigue siendo la regla. En el periodo de nuestro estudio (2014 - 2016), el 95 por ciento de las audiencias de flagrancia terminan con la privación de la libertad. Y como es la regla, *no* motivar la decisión judicial, es la regla invertir la carga de la prueba para la procedencia de la prisión preventiva en contra de la persona procesada. Atentando contra la normativa nacional e interamericana, existe el *automatismo* dictar la prisión preventiva siempre que la defensa no presente documentos del llamado "arraigo social", un concepto, que no consta en el COIP, que es – simple y llanamente – un fantasma jurídico.

En vez de ser "uno de los principales mecanismos de protección de los derechos fundamentales" (2012), la audiencia de control de detención (denominada audiencia de calificación de flagrancia[64] en el Ecuador) se convirtió en una "fábrica de detenidos al mejor estilo *fordista*"(2013) cuándo el problema no solamente son la *cifras* de privaciones de la libertad por una medida cautelar, sino la *arbitrariedad* subyacente, es decir las falencias (¿o el boicot?) por parte de los juzgadores frente a la motivación, la distribución de la carga de la prueba y la consideración del principio de la proporcionalidad.

En vista de los hallazgos del estudio, este artículo quiere enlazar las falencias en el manejo de la medida cautelar con las reformas procesales penales las cuales se han realizado en América Latina durante las ultimas décadas. Exponiendo los fines de estas reformas podremos entender si – en el campo controvertido de la prisión preventiva y en el ejemplo concreto del Ecuador – las reformas han logrado sus objetivos. La metodología de investigación consiste en primer lugar en contraponer los objetivos como declarados por los agentes de las reformas procesales penales con los hallazgos del estudio sobre la Prisión Preventiva.

Luego intento de dar una explicación para la (posible) discrepancia entre realidad y fines de la reforma procesal penal. A este respecto,

64 Artículo 529 del Código Orgánico Integral Penal prescribe que, "en casos de infracción flagrante, dentro de las de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares." La "concentración" se reúne en tres pasos procesales en una sola audiencia: calificar la legalidad de la detención, formular cargos y solicitar medidas cautelares.

el autor enfrentó la dificultad de ofrecer una explicación para un fenómeno social, que tiene un sinnúmero de "causales". En las palabras de Bolívar Echeverría: "Explicar es dar la razón suficiente de la presencia de una cosa, sin caer en contradicción." (1998) En el contexto de esta investigación, "cosa" es la discrepancia entre realidad y objetivo de la reforma.

Como el mundo real y su historia es, en su totalidad cualitativa, único e irrepetible, nos vemos obligado a dar un paso más en esta definición: "Explicar una cosa (..) es dar la razón de ser de su singularidad cualitativa" (1998). Ante esta definición, solo puedo ofrecer, en forma de conclusión, una cierta plausibilidad para el fracaso de las reformas procesales penales en la singularidad de la historia del Ecuador.

1. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL ECUADOR EN CIFRAS DESDE EL AÑO 1989

Para los fines de este análisis cabe mostrar cómo se han presentados los datos sobre la prisión preventiva desde el año 2001, lo cual coincide con la implementación del sistema acusatorio-adversarial en el año 2000 del corte anglosajón y, consecutivamente, la instalación de las llamadas unidades de Flagrancia en el Ecuador.

Tabla 1. Privación de libertad

Año	Personas privadas de libertad por prisión preventiva	Cuota de la población carcelaria en total en por ciento	Personas privadas de libertad por prisión preventiva por 100 000 habitantes
2001	5,451	70.4%	42
2005	7,713	63.0%	56
2009	7,107	46.0%	48
2014	9,518	39.6%	59
2018	**13,073**	**34.9%**	**77**

Fuente: World Prison Brief Data, Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
Elaboración: Propia.

Se puede desprender de estas cifras[65] tres lecciones: 1. Hoy hay más detenidos por prisión preventiva. 2. Hay, en conclusión inversa de las cifras absolutas más altas y del porcentaje respecto a todos detenidos más bajo, más personas sentenciadas. 3. Como cada año hay *relativamente* (en cuanto a la población carcelaria) menos personas esperando su juicio en la cárcel, la justicia penal parece condenar con más celeridad.

Tabla 2. Número de PPL por estado procesal en el año 2019

Estado Procesal	Total PPL	% Participación
Sentenciados	24.104	60,93%
Procesados	13.938	35,23%
Contraventores	583	1,47%
Apremio	933	2,36%
TOTAL	**39.558**	**100,00%**

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad
Elaboración: SNAI, Dirección de Planificación - Unidad de Estadísticas
Fecha de corte: 13 de marzo de 2019

De estas cifras se puede concluir un ligero aumento del porcentaje de personas privades de su libertad para el año 2019. Una interpretación podría ser que el aumento de la cerelidad al condenar ha llegado a su climax. Sin embargo, deberíamos observar el desarrollo de cifras para el futuro.

65 Las cifras sobre las personas privadas de libertad por prisión preventiva son sujetas a fluctuaciones. Por ejemplo, en el enero 2018 han sido 12.192, mientras en el julio del mismo año, ya han sido 13.946 personas afectadas.

Tabla 3. Tasa de PPL por cada 100 mil habitantes (2006 – 2018)

Año	Tasa PPL X 100.000 Hab
2006	195,4
2007	195,2
2008	148,1
2009	127,1
2010	157,0
2011	176,3
2012	215,0
2013	251,1
2014	232,5
2015	255,4
2016	289,9
2017	332,9
2018	342.5

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Li-bertad
Elaboración: SNAI, Dirección de Planificación - Unidad de Estadísticas
Fecha del reporte: 15 de marzo de 2019

Estas cifras muestran el incremento de la cifra de personas privadas de libertad (PPL) en el Ecuador a partir del año 2012, mientras entre 2008 y 2011 se ha reducido el numero de PPL por 100 000 habitantes.

Una posible explicación puede ser el aumento de las penas en el COIP, que entró en vigencia en agosto de 2014. Sin embargo, las cifras han sido aún más altas en el año 2013, por lo tanto, se requiere una interpretación que considere factores adicionales.

Tabla 4. Incremento de penas en el COIP

Grupo homologado de infracción	Hombre	Mujer	Total PPL	% Participación
Delitos relacionados con drogas	9.579	1.566	11.145	28,63%
Delitos contra la propiedad	9.700	480	10.180	26,15%
Delitos contra la integridad sexual y reproductiva	5.844	30	5.874	15,09%
Delitos contra la inviolabilidad de la vida	4.808	208	5.016	12,88%
Asociación ilícita y delincuencia organizada	1.617	307	1.924	4,94%
Otros grupos de delitos, contravenciones y apremio de alimentos	4.502	292	4.794	12,31%
TOTAL	**36.050**	**2.883**	**38.933**	**100,00%**

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad
Elaboración: SNAI, Dirección de Planificación - Unidad de Estadísticas
Fecha de corte: 30 de enero de 2019

Para lo planteado en esta investigación es de interés que más que el 50 porciento de las PPLs están en las cárceles por delitos relacionados con drogas y por delitos contra la propiedad.

Estos dos grupos de infracción generalmente constan delitos de la denominada “criminalidad menor” - la cual las reformas intentaron de procesar más rápido mediante procedimientos abreviados y directos. Por ende, es de suponer que el porcentaje de PPLs condenadas por estos grupos de infracción ha aumentado en los últimos años. Sin embargo, carecen datos que sostengan esta hipótesis.

Tabla 5. Histórico de PPL y Población Nacional 1989 - 2019

AÑO	POBLACION PPL ANUAL	PROYECCIÓN DE POBLACIÓN NACIONAL - INEC
1989	6.978	
1990	7.679	10.149.666
1991	7.884	10.355.598
1992	7.998	10.567.946
1993	8.856	10.786.984
1994	9.064	11.012.925
1995	9.646	11.246.107
1996	9.961	11.486.884
1997	9.506	11.735.391
1998	9.439	11.992.073
1999	8.520	12.257.190
2000	8.029	12.531.210
2001	7.859	12.814.503
2002	8.723	13.093.527
2003	9.866	13.319.575
2004	11.358	13.551.875
2005	11.603	13.721.297
2006	16.584	13.964.606
2007	16.933	14.214.982
2008	13.125	14.472.881
2009	11.517	14.738.472
2010	14.550	15.012.228
2011	16.704	15.266.431
2012	20.826	15.520.973
2013	24.863	15.774.749
2014	23.531	16.027.466
2015	26.421	16.278.844
2016	30.656	16.528.730
2017	35.967	16.776.977
2018	37.802	17.023.408
2019	39.558*	

***Marzo 2019, Fuente:** SNAI, Ministerio de Justicia

Esta tabla muestra las cifras en absoluto. En los últimos cinco años, la población cancelaría en el Ecuador ha crecido por por 16.028 en total y por lo tanto, un aumento anualmente de 3.205,6 personas. Suponiendo este incremento, tendremos 42.362 Personas Privadas de Libertad en el año 2020 y 67.600 en el año 2029, mientras en el año 1989 eran 6.978 personas. De allí se puede concluir que las reformas procesales penales han iniciado no solo un proceso, sino toda una lógica punitiva. (Lógica punitiva en el sentido de que la privación de la libertad masiva llegó a ser la respuesta "natural" de la sociedad ante una supuesta (percibida) inseguridad).

2. REFORMAS PROCESALES PENALES Y EL AUMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Ahora bien, dado el caso de que las reformas procesales realizadas en las últimas décadas en la Región (2011) y en las cuales solamente la *United States Agency for International Development* (USAID) tuvo una inversión de más de 1.5 millones de dólares en el Ecuador (2001), tuvieran también como objetivo reducir la arbitrariedad frente a la privación de la libertad y garantizar la seguridad jurídica (o más general, fortalecer el *rule of law* (2012) el imperio de la ley - entendido como previsibilidad de la reacción estatal ante nuestro comportamiento).

Sí cabe la pregunta: ¿Las reformas aplicadas en el Ecuador han sido exitosas? En otras palabras: ¿La reforma procesal penal exacerbó o mitigó la arbitrariedad judicial en el Ecuador? O, si la arbitrariedad no haya sido mitigada, ¿La reforma ha aumentado el número de *personas afectadas* por ella?.

Empecemos por el momento examinado lo que las reformas han logrado sin duda: más detenidos, sea por prisión preventiva o sentencia firme, y más personas procesadas en menos tiempo o menos recursos aplicados y más personas sentenciadas, lo que por lo general es visto como eficiencia del sistema penal - si se entiendo como eficiencia la 'buena' relación entre los logros conseguidos y los recursos utilizados en el mismo.

Sin embargo, desde allí se origina un abanico de preguntas: ¿Hemos ganado más justicia? ¿Menos impunidad? ¿Más confianza en los operadores del sistema penal? ¿Una justicia independiente, por primera vez en la historia de la República? ¿Una justicia que limite el poder del Estado?

Y si hayamos ganado seguridad: ¿Qué seguridad, seguridad también en el sentido del amparo de privaciones arbitrarias de la libertad? ¿El sinnúmero de presos hace el país más seguro? ¿Seguro para los pobres, los niños en los colegios eclesiásticos, las adolescentes involuntariamente embarazadas, los ciclistas y peatones en Quito y para los usuarios de drogas? ¿Existe seguridad para las personas privadas de libertad?.

Ninguna de las preguntas se puede responder con un Sí contundente - y probablemente no sería justo exigir un cambio tan amplio como efecto de reformas penales. A pesar de esto, los defensores de la administración de la justicia penal del Ecuador esgrimen que, por fin, el sistema penal en el Ecuador sí funcionaba, haciendo referencia a las estadísticas presentadas. Gustavo Jalkh por ejemplo, el Expresidente del Consejo de la Judicatura, al pronunciarse sobre el cumplimiento del denominado *Plan Estratégico* para la administración de justicia del país, ha señalado que los cambios normativos en materia penal reforzaron la lucha contra la impunidad y fortalecieron la seguridad ciudadana (2018).

Como ejemplo, el exfuncionario citó los resultados alcanzados a través de las unidades de Flagrancia en las que actualmente ocho jueces emiten 43 sentencias al mes y cada causa se resuelve en 17 días promedio. En 2012, con la misma cantidad de jueces se emitían apenas 15 sentencias al mes y cada proceso demoraba 191 días para ser resuelto. Para enfatizar el cambio enigmático del sistema penal, citó las estadísticas del año 2017, revelando que la "aplicación de los procedimientos directos y abreviados generaba un ahorro de $ 308 millones para el Estado"(2017).

3. LA EFICIENCIA DEL SISTEMA PENAL

El pronunciamiento del exfuncionario es sumamente esclarecedor para nuestro planteamiento. No solo nos da un ejemplo para la función del discurso público en la habitual cultura de América Latina, es decir la subordinación de la verdad y la coherencia[66] al poder, un discurso barroco en lo cual los desbordantes detalles sirven como *adorno*

66 El pronunciamiento no revela más detalles sobre los ocho jueces laborando en las unidades de Flagrancia: ¿Son ocho jueces al nivel nacional o sólo en Quito? ¿Cómo se han calculado los ahorros del Estado por la aplicación del procedimiento abreviado? Dado que algunos juicios hubiesen salido con absoluciones de los ahora condenados, los supuestos ahorros del Estado ya se ven diferente.

y re-confirmación de la autoridad[67], sino también como un entendimiento de un sistema penal visto únicamente bajo cifras, es decir bajo las *formas* que está generando.

En otras palabras: la única mesura para el éxito de la modernización de un sistema penal son altas cifras de detenidos logrado en poco tiempo y con pocos recursos. En lo siguiente quiero desplegar la conexión entre las intervenciones de los organismos internacionales para el desarrollo cuáles han lanzado amplias reformas del proceso penal en América Latina (A) y la cultura jurídica en la Región (B).

Según la hipótesis, la cultura jurídica se ha presentado más resistente que esperada por los agentes internacionales. En consecuencia, las intervenciones en el Ecuador han presentado algo no prevista, algo que se puede denominar *sincretismo jurídico*, la supervivencia de la informalidad en procesos supuestamente altamente formalizados. Más concreto: la adopción del paradigma de la celeridad y efectividad bajo conservación de la función tradicional de la justicia frente a la estructura del poder político del país.

4. (A)

Como mencionado anteriormente, la *United States Agency for International Development* (USAID) tuvo una inversión de más de 1.5 millones de dólares en el Ecuador para promover reformas judiciales. Capacitadores Chilenos llevaron a cabo la promoción del sistema acusatorio-adversarial, proviniendo del sistema procesal penal estadounidense (2011).

Se estima que la USAID y el S*tate Department* invirtieron hasta el año 1999 un monto de 300 millones de dólares para reformas del sistema judicial en América Latina (2001), mientras el Banco Interamericano de Desarrollo (entre el 1993 y 2011) y el Banco Mundial (1992 – 2011) invirtieron 13 millones de dólares en el Ecuador con la misma finalidad: reformar el sistema judicial (2012). Entre los años 1992 y

67 Lo que es lo contrario de la parresía, un concepto de la Antigüedad griega que Michel Foucault ha retomado en sus últimas lecciones como manera de discurso en el cual uno habla abierta y sinceramente sin recurrir a la retórica y la manipulación. Parresía se puede traducir con "decirlo todo" y uno dice todo para el bien común - incluso frente al peligro para el hablante.

2011, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han financiado proyectos dirigidos a la reforma judicial en América Latina sobre un monto total de 1.510.453.396 US-$, de los cuales el 96 % ha sido facilitado en forma de préstamos, es decir, la deuda exterior de los Estados de la Región se aumentó correspondientemente (2012).

Los objetivos de las reformas legales han sido formulados por el Banco Mundial, uno de los actores principales (2005), como tres pilares: 1. El poder judicial deber ser independiente, imparcial y eficaz. 2. Un marco legal apto debe facilitar derechos efectivamente ejecutables para todos. 3. Debe existir acceso a la justicia, sin lo cual todas las leyes e instituciones no tienen sentido (2004). Sin embargo, ya en el año 1999, observadores han señalado que fue precisamente el concepto de la *eficiencia* que ha sido en el foco de los cambios:

> "eficiencia es un punto de partida prometedor [...] por su naturaleza relativamente apolítica. [...] Eficiencia es una área neutral en la cual cambios pueden empezar sin mayor cambios en la estructura del gobierno." (Dakolia, 1999).

Es decir, las reformas empezaron aplicar la palanca en las - innegables - falencias de la administración de justicia de la Región en cuanto a la celeridad[68] (2005), porque los actores internacionales esperaban menos resistencia por parte de los gobiernos que - por ejemplo - en temas más extensos como la independencia judicial. Luis Pásara ha criticado esto como elusión de problemáticas verdaderas la que al final agravará los vicios tradicionales arraigados en la Región:

> "El problema es, cuando adoptada como principio, ella [la eficiencia] conlleva un tipo de reforma que conserva intacto las raíces de los defectos tradicionales del sistema judicial." (Dakolia, 1999).

El estudio sobre la prisión preventiva respalda precisamente este reparo: la preservación de las bases de los defectos tradicionales del sistema judicial en el Ecuador, es decir la arbitrariedad y la politización

68 El "deseo" de los organismos internacionales de asistencia de tener algo "mensurable" en las manos, es decir un indicador para medir el cambio judicial, probablemente forma parte del problema subyacente "grito por la eficiencia". Compromisos fundamentalmente morales y políticos con el debido proceso y la constitucionalidad se tratan como si hubiesen podido ser reducidos a y capturados por indicadores cuestionables de "la calidad de la gobernanza y la eficiencia de los sistemas judiciales." Faundez J.

de la privación de la libertad, siguen intactas frente a un sistema más eficiente que nunca.

Ahora bien, ¿Por qué las reformas han tenido éxito – como máximo - parcialmente? Una interpretación del impacto tan limitado ofreció Thomas Carothers ya en el año 1999 señalando que "muchas veces, la asistencia no puede cambiar sustancialmente una configuración desfavorable de interés o contrarrestar a un poderoso actor opuesto." (1999) Es por eso que el compromiso por parte de los organismos internacionales de asistencia no ha entregado un mejoramiento sustancial en el campo del sistema judicial.

Muchas veces, los proyectos han malinterpretado el sistema penal de la Región como *separado* de la esfera política tan turbia y simplemente no podían "remodelar fundamentalmente el equilibro de poder, interés, legados históricos, y tradiciones políticas de las mayores poderes políticos en los países receptores." (1999).

Luis Pásara resume la crítica del compromiso internacional en cuanto a las reformas judiciales en la siguiente manera: "La cultura jurídica entera, la existencia de desigualdades culturales y económicas, y la función del desempeño del gobierno son componentes importantes y complejos de la reforma de sistemas judiciales"(2012), mientras los proveedores de asistencia suelen prescribir remedios superficiales como reformas en la administración de justicia, capacitaciones y material jurídico para jueces, equipamiento para las salas etcétera, como si los juristas en América Latina no supieran leer sus códigos o si únicamente les faltaran computadores para aplicar la ley. "Lo que ellos [los proveedores de asistencia] tienden no preguntar es *por qúe* el poder judicial se encuentra en un estado tan lamentable, quién se beneficia su debilidad, y quién fuera amenazado o reforzado por las reformas."(1999).

5. (B)

La crítica mencionada arriba hace referencia al término *cultura judicial* de los operadores de justicia para explicar el extenso fracaso de las intervenciones internacionales dirigidas a la reforma penal. En concreto, se "apela a una persistente cultura inquisitorial como la causante de muchos retrasos o se sostiene que hasta que no se revierta esa cultura no se podrán obtener frutos de la reforma."(2016).

6. MATRIZ HISTÓRICA DE LA JUSTICIA PENAL

Ante lo revelado por el estudio sobre la prisión preventiva, es decir para entender la amplia *no-aplicación* del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador, es sumamente interesante lo que Alberto Binder ha formulado como *matriz histórica* de la justicia penal como tradición, como un tipo histórico de administración de justicia en América Latina, cuyos efectos se sienten con fuerza en la actualidad:

> "La pauta de la legalidad colonial se caracteriza por un "hiperlegalismo", es decir, por una gran profusión de normas, pero cuyo cumplimiento no solo era parcial sino altamente inconsistente y selectivo." (2016).

La instrucción real "se acata, pero no se cumple" era una práctica administrativa ordinaria y una puerta abierta a la arbitrariedad de las autoridades coloniales (2016).

> "El modelo inquisitorial que exportó España como maquinaria judicial no estaba pensado para controlar el poder público o el poder del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Los jueces son funcionarios encargados de aplicar la ley en el sentido de *afirmación del poder del monarca*, no de limitarlo." (2016).

En consecuencia de la ausencia de garantías procesales que sean verdaderamente realizables en contra del poder público, se puede caracterizar la cultura jurídica en la Región como una cultura del trámite, como cultura en la que "la legalización se convierte en un manual de procedimiento lo que impide una comprensión cabal de las nuevas reglas del juego, que son *reglas de litigio, no de trámite*" (2016). En la centralidad de la configuración de los esquemas mentales de los juristas, es decir en las *estructuras estructurantes estructuradas*[69], se encuentra esa tramitología, que, al final, conlleva *la reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales*. Binder señala las características de este *habitus* (2016) como formalismo sin sentido y el desprecio por los problemas concretos de los litigantes - lo que es bien conocido por el observador del sistema penal actual en el Ecuador.

69 Los esquemas mentales se entienden como "habitus" en el sentido de Bourdieu, es decir esquemas que se fundan en prácticas cotidianas, pero a la vez ellos mismos fundan las prácticas cotidianas.

7. EFICIENCIA Y VICIOS TRADICIONALES

Hemos introducido como hipótesis que las reformas procesales penales en el Ecuador han aumentado la eficiencia del sistema penal sin superar los vicios tradicionales caracterizados como la arbitrariedad, el formalismo vacío y la indiferencia de los operadores del sistema penal frente a las consecuencias de sus decisiones para las personas afectadas. Estos vicios se reflejan realmente en los hallazgos del estudio empírico sobre la realidad de la prisión preventiva y, más precisa, en los hallazgos sobre la *calidad* de la motivación de las resoluciones dictando esta medida cautelar, pues la obligación de motivar las decisiones es inseparable de la obligación de considerar aspectos de necesidad y proporcionalidad. El artículo 520.4 del COIP prescribe: "Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar."[70]

Es decir, la consideración de criterios de la proporcionalidad forma parte de la motivación. No hay motivación sin consideración de la proporcionalidad, la cual es la ponderación de los bienes constitucionales en peligro. El juzgador debe considerar las secuelas de la privación de la libertad para ponderarlas contra sus ventajas para la administración de justicia. Solamente al realizar esta ponderación, el juzgador podrá cumplir con su función como juez constitucional - y manejar el proceso penal como *derecho constitucional aplicado* (2006).

No obstante, la obligación de considerar aspectos de la proporcionalidad ha sido desacato en todos los expedientes analizados. Ninguna resolución dictando prisión preventiva podía cumplir con las exigencias legales en cuanto a la motivación. En esta ocasión recordemos el alcance de la motivación de una decisión restrictiva de la libertad. La motivación cumple básicamente con dos objetivos, la transparencia y el control de las actuaciones judiciales.

La decisión del juzgador deber revelar el *móvil*, es decir la razón verdadera para fallar en esta y no otra manera. El público y los demás sujetos procesales deben saber por qué, por cuáles consideraciones el juez ha tomado la decisión concreta. Segundo, la motivación sirve

70 La redacción de la ley cumple precisamente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la proporcionalidad: sin motivación no hay proporcionalidad y la privación de la libertad se vuelve arbitraria en el sentido del Art. 7.3 CADH.

para el (auto)control del juzgador. Mediante la motivación, se puede examinar si las consideraciones hayan sido completas, si, por ejemplo en el caso de la privación de la libertad, el juez haya considerado todos los aspectos necesarios para la ponderación (los bienes constitucionales afectados). De igual manera, al exponer y revelar el móvil, el juez puede aclararse de sus propios motivos y se abre la posibilidad de la autocorrección. En pocas palabras: la motivación es imprescindible para la *racionalización* de la aplicación del poder.

Ante eso, la falta completa de la motivación de decisiones judiciales en el Ecuador es manifestación de una cultura jurídica profundamente arraigada en la experiencia del colonialismo, en la cual el *hiperlegalismo* real no estaba pensado limitar el poder de la Corona. Para retomar las palabras de Antonio Binder: El modelo inquisitorial que exportó España como maquinaria judicial no estaba establecido para *controlar* el poder del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Se acata, pero no se cumple.

Como hilo conductor y resumen de la realidad de la privación de la libertad frente a medidas cautelares en el Ecuador, su puede constatar que los *mecanismos procesales dirigidos a proteger el imputado* de la maquinaria penal acaban en nada, es decir, la garantía respectiva existe en el ordenamiento jurídico vigente, pero desaparece en mismo momento, ella no tiene peso, ella es desacatada *sistemáticamente*. Ya hemos visto que la motivación (configurada como medida para reducir el abuso y *racionalizar* el uso de la prisión preventiva) no existe, no tiene lugar en la práctica de las audiencias de Flagrancia.[71]

El mismo veredicto se puede fallar sobre la distribución de la carga de la prueba. La clara dogmática y la redacción inequívoca de la ley han sido neutralizadas por una *cultura del trámite*. En vez de pedir a la Fiscalía fundamentar y comprobar el peligro procesal en el caso concreto, la práctica judicial solicita a la defensa llamados documentos del arraigo social. En caso contrario, se dicta la prisión preventiva. Es decir, la pri-

71 Hablando de las unidades de Flagrancias cabe señalar que en toda América Latina, la policía es la institución con mayor predominancia o hegemonía de este dispositivo político criminal. Por ello, el déficit de la institucionalidad deforma a la flagrancia como una instancia de garantías (el control de la legalidad de la detención, es decir el control de las actuaciones de los organismos de la prosecución penal), desarrollando en su lugar una compleja institución de detenciones, en una maquinaria al servicio de la cultura del castigo.

vación de la libertad en el Ecuador depende de si el imputado haya logrado presentar planillas de servicios básicos en copia a color, notificadas, con firma de tinta azul y sello legible - en vez de una *litigación* racional sobre los requisitos legales para el procedimiento de la prisión preventiva, es decir, del peligro procesal en el caso concreto, debidamente mostrado por la Fiscalía. La Corte Nacional de Justicia ha, al dictar medidas cautelares en contra de Rafael Correa, reiterado precisamente esta sustitución del litigio, de las técnicas de interpretación y subsunción, por el trámite. Aunque la Fiscalía General del Estado no ha sostenido la falta del llamado "arraigo social" y ha expuesto que el imputado sí tenía su domicilio en Bélgica, la Corte Nacional de Justicia ha afirmado:

> "El ciudadano Vicente Rafael Correa, es ciudadano ecuatoriano y también tiene domicilio en el Ecuador, el arraigo no se ha justificado en esta audiencia, *y la documentación presentada esta en copias…*" (2018).

La problemática "jurídica" no es la interpretación de la norma pertinente, sino que la "documentación presentada está en copias". Además, en un sistema adversarial, el juzgador no debe utilizar información que no ha sido introducida por los sujetos procesales. La imputación de la Corte Nacional sobre el domicilio del procesado carece de legitimación, pues la *verdad procesal* es generada a través del proceso de la dicción y contradicción, en lo cual el juez no puede entretejer.

Ya estas tres líneas tomadas del expediente muestran la persistencia del sistema inquisitivo en el Ecuador y es por eso, que la Corte Nacional de Justicia vulneró el principio de contradicción y acudí a la cultura del trámite en el mismo momento. Esa cultura conlleva la *reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales* (2016).

8. CONCLUSIONES

La conclusión – y respuesta a la pregunta planteada inicialmente - más fácil es: las reformas procesales penales no han logrado racionalizar el poder punitivo del Estado ecuatoriano ni, por lo tanto, racionalizar la privación de la libertad. Se aumenta la cifra de Personas Privadas de Libertad sin superar las deficiencias "tradicionales" del sistema penal. ¿Puede ser que, tras dieciocho años de su vigencia, ni siquiera la Corte Nacional de Justicia supiera manejar el sistema adversarial?.

Opino que deberíamos reformular la pregunta, es decir, en vez de acudir repetidamente a las falencias técnicas de los operadores de justicia, cuales al parecer millones de dólares invertidos en capacitaciones no podían remediar, deberíamos preguntar más bien *¿por qué* persisten estas falencias, esta cultura jurídica que antes es una cultura del trámite, de un formalismo sin sentido, incapaz de proteger el individuo *del* derecho penal? O en otras palabras: ¿Quién se beneficia la debilidad del poder judicial? - ¿Cuál es la base material de la especifica cultura legal? ¿Quién se beneficia de la debilidad de las instituciones (1999), la *informalidad* de la aplicación del poder de privar la libertad que – sobre todo – está por la preponderancia del parte policial en las manos de la policía y no en las manos del juez de garantías penales.[72]

Una respuesta podría ser que ante una institucionalidad tan débil como en muchos países en la Región, para el operador de la justicia simplemente no tiene sentido desarrollar conocimientos legales y facultades correspondientes. La facultad de motivar sus decisiones debidamente no solo sería infructuosa, sino incluso perjudicial para él.

En un entorno que en gran parte sigue la regla *se acata, pero no se cumple,* en un entorno en lo que históricamente el juez nunca tenía la *función* de limitar el poder del Estado, sino extenderlo mediante sus enunciaciones, la intervención de los proveedores de asistencia puede presentar más daños que benefícios.[73] En el caso examinado, la intervención mal conceptuada y liderada por conceptos legales proveniente de los Estados Unidos ha traído consigo el aumento de la arbitrariedad a través del aumento de la celeridad.

Como secuela de la asistencia internacional, más personas son víctimas de la detención arbitraria en el sentido del artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Posiblemente, la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador fuera mejor en cuanto a la arbitrariedad absoluta de la detención sin *esta* forma de asistencia que

72 De hecho, en la audiencia de flagrancia, es la policía que controla al poder judicial y no viceversa. Ante la organización corporativista de la prosecución penal, el juez no puede aplicar la ley sin provocar oposición cual, por supuesto, no tiene base legal, sin embargo, es efectiva.

73 Jorge Paladines señala, por ejemplo, que el modelo acusatorio-adversarial trajo consigo una peligrosa desproporción, la implementación del sistema contradictorio sin una defensa penal pública, algo que ha sido corregido solamente posteriormente, es decir, cuando el daño ya ocurrió.

implementó las audiencias de Flagrancia como maquinaria, agudizando la maquinaria heredada.

Aparentemente, los proveedores de asistencia han evadido enfrentarse con las preguntas más acuciosas. ¿Para qué sirven, por ejemplo, las garantías del debido proceso, si la organización social simplemente no permite a los defensores apelar las decisiones de los jueces o cuestionar las actuaciones de la policía? Según el estudio, la Defensoría Pública está apelando el 0,53% por ciento de las resoluciones dictando prisión preventiva y la excusa común de los Defensores Públicos, quienes se encuentran incorporados en las unidades de Flagrancia, dice: "tenemos que vivir todos los días con los jueces".

La diferenciación de los sujetos procesales en diferentes *posturas* abstractas requiere, ante todo, la capacidad de diferenciar entre una función procesal y la persona ejecutando esta función, mientras la contradicción, la impugnación y ya el cuestionamiento de la legalidad de una detención quebranta la organización social basada en estructuras del poder altamente *informales* y por eso frágiles.

Ante eso, la apelación en contra de una resolución dictando prisión preventiva no es, como tal vez en el denominado primer mundo, la posibilidad de llegar a una aclaración de una problemática jurídica (una interpretación de un supuesto de hecho todavía dudosa) por el Tribunal de alzada; más bien, la impugnación pone en peligro la posición *social* del juzgador, precisamente como la limitación del poder estatal por parte de un juzgador pone en peligro el poder notoriamente frágil del Estado, lo cual suele ser re-confirmado a través de la facultad de privar la libertad. Ante todo, hay que entender la función del Derecho en estas estructuras de poder. No es redundante, pero tampoco tiene fuerza.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aponte A. (2006). Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal. Bogotá: Consejo superior de la judicatura, p. 23.

Binder, A. (2012). Presentación, en: Soluciones rápidas y efectivas al conflicto penal, Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador. Quito: Ecuador, p. 11.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, en Niño Guarnizo C. La Reforma a la Justica en América Latina: Las Lecciones Aprendidas, Bogotá: Colobia, p. 59.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 56.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 57.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 57.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 60.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 60.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, D.C. p. 305, 107.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace, p. 164.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, D.C, p. 102.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, D.C.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, p. 15.

Corte Nacional de Justicia, Audiencia del 25 de junio de 2018, No. de proceso: 17721-2018-00012.

Dakolias, M. (1999). Court Performance around the World: A Comparative Perspective, World Bank Technical Paper Number 430. Washington D.C., p. 6.

Dakolias, M. (1999). Court Performance around the World: A Comparative Perspective, World Bank Technical Paper Number 430. Washington D.C., p. 6.

Echeverría, B. (1998). La modernidad del barroco. México, D.F. p. 116.

Echeverría, B. (1998). La modernidad del barroco. México, D.F. p. 117.

Faundez J., Angell, A. (2005). El rol del Banco Interamericano de Desarrollo, Sistemas judiciales, año 4, nº 8, p. 90-113.

Krauth, S. (2016). La prisión preventiva en el Ecuador, p. 99 – 120.

Krauth, S. (2018) La prisión preventiva en el Ecuador, Serie Justicia y Defensa 8. Quito: Ecuador.

Margaret, S. (2001). USAID's Support of Justice Reform in Latina America. Pilar Domingo and Rachel Sieder (Eds.), Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform. London, p. 75-76.

Margaret, S. (2001). USAID's Support of Justice Reform in Latina America, p 47.

Michel, F. (2012). The Courage of Truth: The Government of Self and Others II; Lectures at the College de France, 1983-1984. New York.

Palacio, D. (2011). La reforma procesal penal en Chile.

Palacio, D. (2011). La reforma procesal penal en Chile: nuevos agentes, sus trayectorias y la reestructuración de un campo. Revista Política, Vol. 49 No. 1, p. 43 – 70.

Paladines, J. (2013). Fábrica Flagrancia: La gestión procesal de la detención en Ecuador, Justicia Criminal y Democracia. São Paulo: Brasil, p. 137.

Paladines, J. (2013). Fábrica Flagrancia: La gestión procesal de la detención en Ecuador, Justicia Criminal y Democracia. São Paulo: Brasil, p. 137.

Pásara, L. (2012). International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless? Woodrow Wilson Center, Update on the Americas.

Pásara, L. (2012). International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?, p. 3.

Pásara, L. (2012). International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?, p. 4.

Pásara, L. (2012). International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?

Pásara, L. (2012). International Support for the Justice Reform in Latin America, p. 25.

The World Bank. (2004). Initiatives in Legal and Judicial Reform. Washington, D.C, p. 2.

Valle, A. (2016). El habitus positivista en el campo jurídico ecuatoriano. Revista de la Casa de la Cultura N26, p. 145 -172.

Recibido: 21/07/2019

Aprobado: 08/11/2019

Stefan Krauth: Asesor de despacho de la Defensoría Pública del Ecuador

Correo electrónico: stefanenator@hush.ai

Derechos de Electores y Mandatarios en Procesos de Cesación Presidencial

Rights of Voters and Presidents in Presidential Cessation Processes

LLM, Cristina Ponce Villacís
Abogada Asociada Senior en Fabara & Compañía Abogados C.L.

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 229-288, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el documento revisa el ordenamiento jurídico vigente entre 1979 y 2008 y que regige en la actualidad en la República del Ecuador en relación con la destitución y enjuiciamiento político de presidentes. Además, se describen las varias ocasiones en que presidentes constitucionalmente elegidos fueron cesados de su cargo y no terminaron el mandato y se menciona un caso de enjuiciamiento político a uno de los principales mandatarios de elección popular (vicepresidente). Se proponen, con base a la jurisprudencia de las Corte Interamericana y Europea de Derechos Humanos, a doctrina y a la normativa y jurisprudencia ecuatorianas, posibles respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión en su solicitud de opinión consultiva.

PALABRAS CLAVES: democracia, derechos humanos, juicios políticos, derechos de electores, derecho constitucional Ecuatoriano.

ABSTRACT: the document reviews the legal system in force between 1979 and 2008 and currently governs in the Republic of Ecuador in relation to the impeachment and political prosecution of presidents. In addition, the several occasions in which constitutionally elected presidents were dismissed from office and did not finish the mandate are described and a case of political prosecution is mentioned to one of the main leaders of popular election (vice president). They propose, based on the jurisprudence of the Inter-American and European Court of Human Rights, to Ecuadorian doctrine and legislation and jurisprudence, possible answers to the questions raised by the Commission in its request for an advisory opinion.

KEY WORDS: democracy, human rights, political trials, voting rights, Ecuadorian constitutional law.

INTRODUCCIÓN

En Octubre de 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) una solicitud de opinión consultiva con el fin de "permitir a la Honorable Corte Interamericana profundizar sobre la relación inextricable entre democracia y derechos humanos, específicamente en supuestos en los cuales hay un cambio del Ejecutivo en circunstancias que ponen en duda la legitimidad del mismo o el principio de separación de poderes incluyendo la realización de un juicio político contra un Presidente democráticamente electo en condiciones que provocan fuertes cuestionamientos sobre las salvaguardas del debido proceso". Concretamente las consultas sobre juicios políticos contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos fueron:

a) ¿Qué garantías específicas del debido proceso, previstas en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "la Convención" y art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "la Declaración", resultan exigibles en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?

b) ¿De qué manera aplica el derecho a la protección judicial previsto en el art. 25 de la Convención y art. XVIII de la Declaración a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos? 2.1. ¿Exige el art. 15 de la Convención y art. XVIII de la Declaración, y con qué alcance, un control judicial sobre el procedimiento mediante el cual se realizó un juicio político por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos? 2.2. ¿Exige el art. 25 de la Convención y art. XVIII de la Declaración, y con qué alcance, un control judicial sobre el resultado de un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos? 2.3. ¿De qué manera se puede asegurar que el alcance y la implementación en la práctica del control judicial referido en las preguntas anteriores no implique un riesgo respecto del principio de separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos en una democracia?

c) ¿De qué manera aplica el principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?

d) ¿Exige el principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención que existan causales previamente establecidas y claramente delimitadas para activar juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?

e) A la luz del principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención ¿de qué naturaleza deben ser las causales que fundamenten un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos? ¿Se trata de causales relacionadas con la responsabilidad política, disciplinaria o de otra naturaleza?

f) ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democráctica y constitucionalmente electos ser violatorio de los derechos políticos de la persona enjuiciada a la luz del art. 23 de la Convención y art. XX de la Declaración?

g) ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos ser violatorio desde una dimensión colectiva, de los derechos políticos de las personas que votaron por la persona enjuiciada a la luz del art. 23 de la Convención y art. XX de la Declaración?

h) ¿Qué salvaguardas deben existir, tanto en la regulación como en la práctica, para prevenir el uso de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democráctica y constitucionalmente electos como forma de golpe de Estado encubierto?"

Con tales antecedentes, el presente trabajo aborda el ordenamiento jurídico que existió entre 1979 y 2008 y que existe en la actualidad en la República del Ecuador en relación con la destitución y enjuiciamiento político de Presidentes. Además, se describen las varias ocasiones en que Presidentes constitucionalmente elegidos fueron cesados de su cargo y no terminaron el mandato y se menciona un caso de enjuiciamiento político a uno de los principales mandatarios de elección popular (Vicepresidente). A continuación de aquello se proponen, con base a la jurisprudencia de las Corte Interamericana y Europea de Derechos

Humanos, a doctrina y a la normativa y jurisprudencia ecuatorianas, posibles respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión en su solicitud de opinión consultiva, sin perjuicio de determinar además las garantías que deberán ser respetadas cuando un presidente es removido de su cargo en circunstancias distintas al enjuiciamiento político.

1. ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

A. NORMAS CONSTITUCIONALES: CESE DE FUNCIONES Y ENJUICIAMIENTO POLÍTICO ENTRE 1979 Y 2008

El texto de la Constitución Ecuatoriana aprobada por referéndum realizado el 15 de enero de 1978, que entró en vigor el 27 de marzo de 1979, establecía:

> "Art. 75.- El Presidente de la República cesa en sus funciones y deja vacante el cargo: a) por terminación del período para el cual fue elegido; b) por muerte; e) por renuncia aceptada; d) por incapacidad física o mental permanente, declarada por la Cámara de Representantes; y, e) por destitución o abandono del cargo."

Respecto a la facultad del legislativo de enjuiciar políticamente a el presidente, disponía lo siguiente:

> "Art. 59.- La Cámara Nacional de Representantes se reúne en pleno...el diez de agosto de cada año, y sesiona durante sesenta días improrrogables, para conocer, exclusivamente, de los siguientes asuntos: ... f) proceder al enjuiciamiento político del Presidente y del Vicepresidente de la República...por infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones oficiales y resolver su destitución en el caso de declaración de culpabilidad".

Así, la Constitución de 1979, además de contemplar la posibilidad de cesación por incapacidad física o mental o por abandono del cargo, establecía la posibilidad de enjuiciamiento político del presidente, por infracciones en el ejercicio de sus funciones oficiales, sin que establezca, de manera específica, en qué podían consistir tales infracciones.

La Constitución de 1979 fue enmendada en 1984, 1993 y 1996. Las sucesivas codificaciones mantuvieron, con pequeñas modificaciones,

el texto del art. 75 de la codificación de 1979, que establecía los motivos de ceses de funciones, incluyendo incapacidad física o mental, abandono del cargo y destitución. En la codificación de 1984, además de reemplazar en el artículo correspondiente "Cámara de Representantes" por "Congreso Nacional" se eliminó la palabra "permanente" luego de "incapacidad física o mental". Este sería el texto que se incluyó en las sucesivas codificaciones, siendo modificado únicamente el articulado (en la Codificación de la Constitución de 1993 las causas de cesación de funciones del presidente constaban en el art.76 y en la Codificación de 1996 en el art. 100).

Sin embargo, en 1984 se introdujo una enmienda respecto al enjuiciamiento político. Según el párrafo final del inciso e) del art. 59 de dicha codificación, el presidente solo podía ser enjuiciada "por traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afecte gravemente al honor nacional". El texto que establecía causales taxativas y específicas para el enjuiciamiento político de quien ocupa el cargo presidencial, se mantuvo en las codificaciones de 1993 (Art. 59, inciso e) y de 1996 (Art. 82 inciso g).

La Constitución de 1998 (art. 167) recogió el texto del art. 75 de la Constitución de 1979 (art. 76 en la Codificación de 1993 y art. 100 en la Codificación de 1996), en el que, se establecía que el presidente podía ser cesada por el Congreso Nacional: (a) por enjuiciamiento político, (b) por incapacidad física o mental, y (c) por abandono del cargo. Sin embargo, en el texto de la Constitución de 1998, no se limitó la facultad del Congreso de destituir al presidente por enjuiciamiento político a la existencia de cohecho, traición a la patria u otra infracción que afectare gravemente el honor nacional, como se lo había hecho a partir de 1984. No obstante, el Tribunal Constitucional no tardó en aclarar:

> "El Presidente y Vicepresidente de la República solo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, y su censura y destitución solo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso" (R-024-99-A-TP, 1999).

2. NORMAS SOBRE ENJUICIAMIENTO POLÍTICO Y DESTITUCIÓN DEL CARGO PRESIDENCIAL PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

En la actualidad, el presidente del Ecuador puede ser destituido por el órgano legislativo: (a) mediante juicio político por la verificación del cometimiento de determinados delitos, (b) por arrogación de funciones, (c) por grave crisis y conmoción interna, (d) por incapacidad física o mental permanente que le impida ejercer el cargo y (e) por abandono del cargo (CRE, 2008, art.129). Además, la Constitución contempla la revocatoria del mandato por mayoría absoluta de sufragantes (CRE, 2008, art. 105, 106 y 145)

a) Enjuiciamiento político

La Constitución del Ecuador prevé, en su art. 129, que la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político del presidente, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en casos de: (1) delitos contra la seguridad del Estado, (2) delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito, y (3) delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia. El referido artículo impone la obligación de obtener aprobación de la Corte Constitucional previo al inicio del enjuiciamiento y establece también que para proceder a la censura y destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Función Legislativa dispone, que la Asamblea procederá al enjuiciamiento político del presidente o vicepresidente en los casos previstos en el art. 129 de la Constitución de la República, previa solicitud fundamentada presentada ante el presidente de la Asamblea, la cual deberá contener la formulación de cargos y el anuncio de prueba. La solicitud se formalizará con las firmas de al menos una tercera parte de los miembros de la Asamblea. El presidente de la Asamblea deberá poner la solicitud en conocimiento del Consejo de Administración Legislativa, el cual, tras verificar el cumplimiento de los requisitos (o requerir a los solicitantes el cumplimiento de los mismos), remitirá la petición a la Corte Constitucional, a fin de que emita el dictamen previo de admisibilidad. En caso de que el dictamen de admisibilidad sea negativo, el Consejo de Administración Legislativa,

archivará la solicitud y notificará a los peticionarios y a el presidente de la República. (LOFL, 2009, art. 86-89).

Si la Corte Constitucional emite un dictamen de admisibilidad, el presidente de la Asamblea, lo pondrá en conocimiento del Consejo de Administración Legislativa y remitirá la solicitud, el dictamen de admisibilidad y la documentación de sustento a la Comisión de Fiscalización y Control Político, la cual avocará conocimiento y notificará a el presidente o vicepresidente a fin de que en cinco días ejerza su derecho a la defensa y presente pruebas de descargo. Además, la Comisión notificará a las asambleístas solicitantes para que en el mismo plazo presenten las pruebas de las que dispongan. En el plazo máximo de cinco días, desdel vencimiento del plazo anterior, la Comisión de Fiscalización y Control Político remitirá a el presidente de la Asamblea, un informe para conocimiento del Pleno. (LOFL, 2009, art. 89-91)

El presidente de la Asamblea dispondrá la difusión del informe y la incorporación del mismo en el orden del día para conocimiento del Pleno. El presidente ejercerá, en la fecha y hora señalas, su derecho a la defensa, alegando ante el Pleno sobre las acusaciones imputadas en su contra. A continuación, uno o dos asambleístas ponentes designados de entre los asambleístas solicitantes, llevarán a cabo la interpelación, luego de lo cual la interpelada podrá ejercer su derecho a réplica. Finalizada la intervención del presidente o vicepresidente, ella se retirará del Pleno y el presidente de la Asamblea declarará abierto el debate, en el cual podrán intervenir todas las asambleístas, por un tiempo máximo de diez minutos, sin derecho a réplica. En el plazo de cinco días de concluido el debate el presidente de la Asamblea convocará a sesión del Pleno. De no presentarse una moción de censura y destitución se archivará la solicitud. (LOFL, 2009, art. 92-93-94).

Para la aprobación de la moción de censura a el presidente o vicepresidente, se requerirán los votos favorables de al menos las dos terceras partes de las asambleístas, en cuyo caso se procederá a la destitución. Si de la censura se derivaran indicios de responsabilidad penal, se remitirá el asunto a la Fiscalía. Si no fuera aprobada la moción de censura, se archivará la solicitud. No podrá volverse a proponer juicio político por los mismos hechos. (LOFL, 2009, art. 95)

b) Destitución por arrogación de funciones

La Constitución establece que la Asamblea podrá destituir a el presidente por “arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional” (2008, art. 130.1). Para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea y esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el periodo legislativo, en los tres primeros años del mismo.

En caso de destitución por arrogamiento de funciones, en un plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa dispone que para la destitución por arrogación de funciones se observará el procedimiento previsto en los (2009, art. 89-95), que corresponde a la destitución mediante enjuiciamiento político. Además establece que las elecciones -legislativas y presidenciales- anticipadas se realizarán en un plazo máximo de 90 días a partir de la fecha de la convocatoria (2009, art. 51).

c) Destitución por grave crisis política o económica y conmoción interna

De acuerdo con la Constitución, la Asamblea podrá destituir a el presidente por grave crisis política y conmoción interna. Para proceder a la destitución por esta causa se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el periodo legislativo, en los tres primeros años del mismo. En un plazo máximo de siete días después de la destitución, deberá convocarse a elecciones anticipadas (2008, art. 130.2).

Al respecto, la Ley Orgánica de la Función Legislativa dispone que la petición deberá ser presentada por al menos la tercera parte de los miembros de la Asamblea. Además, establece que se convocará a sesión ordinaria o extraordinaria del Pleno con al menos 24 horas de anticipación. El presidente será notificado y se le dará la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa ante el Pleno, mas en caso de no comparecencia se seguirá el proceso en rebeldía. Finalizada

la intervención del presidente de la República ella se retirará y se declarará abierto el debate, en el cual podrán intervenir todas asambleístas y exponer sus razonamientos por un tiempo máximo de 10 minutos cada uno, sin derecho a réplica (2009, art. 51).

Al igual que en el caso de destitución por arrogación de funciones, para la destitución por grave crisis y conmoción interna, en un plazo de 72 horas de agotados los procedimientos correspondientes, la Asamblea resolverá con base a las pruebas de descargo presentadas por el presidente. Como se ha señalado, para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea (LOFL, 2009, art. 51).

d) Destitución por incapacidad física o mental

Por otra parte, la Constitución dispone que el presidente cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo por incapacidad física o mental permanente que le impida ejercer el cargo, "certificada de acuerdo con la ley por un comité de médicos especializados, y declarada por la Asamblea con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes" (2008, art. 145.4).

En relación con la declaratoria de incapacidad mental o física, la Ley Orgánica de la Función Legislativa la petición debe ser presentada a el presidente de la Asamblea, por la mayoría absoluta de asambleístas. La presidente de la Asamblea remitirá la petición al Consejo de Administración Legislativa el cual calificará la petición. Si la petición es calificada, se integrará un comité de médicos especializados mediante designación del Pleno tras el envío de ternas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud Pública y a la Federación de Facultades de Medicina del Ecuador.

El Comité deberá presentar en 10 días hábiles un informe detallado de la salud física y mental del presidente. El informe será conocido por el Pleno en sesión convocada por el presidente de la Asamblea. En un solo debate y con las dos terceras partes de sus integrantes el Pleno podrá declarar la incapacidad física o mental permanente e inhabilitante del presidente y por tanto el cese de sus funciones. En caso de declaratoria de incapacidad física o mental permanente lo reemplazará quien ejerza la vicepresidencia por el tiempo que reste para completar el correspondiente período presidencial" (2009, art. 35-37).

e) Abandono del cargo

La Constitución establece que el presidente cesará en sus funciones por abandono del cargo, comprobado por la Corte Constitucional y declarado por la Asamblea, con los votos de las dos terceras partes de sus miembros (2008, art. 145.5).

Según la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la solicitud para declarar el abandono del cargo deberá ser presentada por la mayoría absoluta los miembros de la Asamblea y deberá ser remitida a la Corte Constitucional. Una vez que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la petición, el presidente de la Asamblea convocará al Pleno. Para declarar el abandono del cargo será necesario el voto de las dos terceras partes de las integrantes de la Asamblea. En caso de abandono del cargo, lo reemplazará quien ejerza la vicepresidencia, por el tiempo que reste para completar el correspondiente período. (2009, art 39-40)

3. ENJUICIAMIENTOS POLÍTICOS Y DESTITUCIÓN DE PRESIDENTES Y VICEPRESIDENTES EN EL ECUADOR DESDE 1979

El desarrollo normativo en el Ecuador, en materia de enjuiciamiento político y otras formas de destitución de presidentes democráticamente electos parece responder a su historia política contemporánea.

A. ENJUICIAMIENTOS POLÍTICOS

a) Alberto Dahik

Entre 1979 y 2017 solo en una ocasión ha sido enjuiciada políticamente una autoridad del Ejecutivo designada por elección popular. Esto ocurrió en 1995 cuando se instauró juicio político en contra del Vicepresidente Alberto Dahik Garzozi.

Como antecedente, el 5 de junio de 1995, el vicepresidente Dahik en una reunión con periodistas, reveló que ciertos diputados y magistrados de la Corte Suprema de Justicia “CSJ” exigían dinero para aprobar leyes y dictar fallos de interés para el gobierno. Esto, en opinión de Dahik, habría ocasionado la persecución política de la que habría sido víctima en los meses que siguieron.

El 10 de julio de 1995 los diputados Santiago Bucarám y Oscar Celleri formularon contra el vicepresidente acusaciones de cohecho y abuso en el ejercicio de su cargo y solicitaron al presidente del Congreso la conformación de una Comisión Especialísima de Juicio Político. Por otra parte, el 20 de julio de 1995, el fiscal general señaló que existían elementos para procesar al Vicepresidente por propiciar la corrupción mediante cohecho: Dahik rechazó la acusación.

Con la misma fecha, los diputados Antonio Posso, Aracelly Moreno y César Buelba remitieron a Heinz Moeller, Presidente del Congreso, acusación para juicio político contra el Vicepresidente (ratificaban mediante dicha comunicación la acusación previamente presentada por sus diputados alternos). El presidente Sixto Durán-Ballén lanzó una campaña contra la corrupción en los entes del Estado, Justicia y Congreso y ordenó el levantamiento del secreto bancario de las cuentas de sus colaboradores, exvicepresidentes, y expresidentes. El 28 del mismo mes, Dahik admitió que el gobierno cedió a presiones políticas para no poner en peligro la democracia, pero negó cohecho.

El 28 de julio de 1995 varios diputados del Partido Social Cristiano dirigieron al Presidente del Congreso Nacional una comunicación por la cual lo acusaban formalmente de: arrogación de funciones y cohecho. El 16 de agosto de 1995 los diputados Xavier Neira y Rafael Cuesta (Partido Social Cristiano) acusaron al Vicepresidente de manejo ilegal de fondos del Estado. Dahik a su vez los acusó de violar el secreto bancario de cuentas de gastos reservados de la vicepresidencia. Por otra parte, el presidente de la CSJ, ordenó un juicio penal en contra del Vicepresidente.

El 29 de agosto de 1995 la mayoría de disputados de la Comisión Especialísima de Juicio Político en contra del vicepresidente declaró admisible a trámite el enjuiciamiento. El mismo 29 de agosto se emitió también un informe de minoría, en el cual varios diputados de la Comisión establecían que "si bien se ha cumplido con lo que manda el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ninguno de los hechos que se alegan para sustentar en derecho las acusaciones configura alguna de las infracciones taxativamente señaladas en el último inciso de la letra e) del art. 59 de la Constitución".

El 31 de agosto el Congreso conoció los informes de la Comisión Especialísima del Enjuiciamiento Político y declaró la admisibilidad de la acusación. El 5 de septiembre de 1995 el entonces presidente del

Congreso, Fabián Alarcón Rivera, remitió a la Comisión Especialísima la acusación y constancia de la diligencia de notificación al vicepresidente interpelado.

También mediante oficio de 5 de septiembre de 1995, suscrito por Fabián Alarcón Rivera, se notificó a Alberto Dahik del inicio del juicio político en su contra. El 14 de septiembre de 1995, el diputado Xavier Neira Menéndez, como Procurador Común de los Diputados acusadores del Bloque Social Cristiano, solicitó recabar, del propio vicepresidente y de varias instituciones del estado -entre las que se encontraba el Ministerio de Finanzas y la Comisión para la Ampliación del Oleoducto de Crudos Pesados- una serie de documentos, inclusive respecto a asignaciones presupuestarias y extrapresupuestarias.

En la semana del 2 al 5 de octubre de 1995 Dahik afrontó el juicio político en el Congreso. Los diputados opositores lo acusaron de mal manejo de los fondos reservados del Estado, enriquecimiento personal y entrega de asignaciones presupuestarias a los diputados del Partido Social Cristiano a cambio de la aprobación de leyes. Durante su intervención, Dahik enumeró las arbitrariedades cometidas por Febres Cordero durante su mandato, envío de tanques a la Corte Suprema de Justicia, agresión al diputado socialista Diego Delgado, tratos con el general panameño Antonio Noriega para perjudicar a Abdalá Bucaram, etc. Además, denunció que el expresidente Febres Cordero habría duplicado su fortuna en los cuatro años que gobernó y que sus familiares y colaboradores se enriquecieron en forma ilícita.

El 5 de octubre de 1995, con treinta y nueve votos por la moción de censura, veinte votos en contra y catorce abstenciones, el Congreso no lo destituyó, al no haberse completado los cincuenta y dos votos requeridos (Congreso Nacional del Ecuador, Acta No. 30-C, 1995). Poco después, el vicepresidente renunció a su cargo y salió del país, luego de que la CSJ dictara orden de prisión en su contra (El Universo, 1995).

Como se ha señalado, según la codificación de la Constitución de 1979 vigente en 1995 las máximas autoridades del ejecutivo, elegidas por votación popular, no podían ser destituidas sino por causas previamente establecidas y que revistieran particular gravedad. Dicha codificación incluía, entre otras causas de cese anticipado de funciones (incapacidad física o mental y abandono del cargo) la destitución mediante juicio político y, como resultado de las enmiendas constitucionales de 1984, determinaba causales taxativas de enjuiciamiento

político a un presidente o vicepresidente como eran: a) traición a la Patria, b) cohecho o c) "cualquier infracción que afecte gravemente el honor nacional". La alegada arrogación de funciones no se encontraba entre las posibles causales de enjuiciamiento político. Por lo demás, el procedimiento para el enjuiciamiento político de Alberto Dahik fue respetado. La Constitución de 2008 incluyó, entre las causales de enjuiciamiento político, la arrogación de funciones.

b) Jorge Glas

El 28 de junio de 2017 el asambleísta Roberto Gómez Alcívar solicitó, con el apoyo de 50 legisladores, el inicio de juicio político contra Jorge David Glas Espinel. La solicitud se fundó en "hechos...relacionados con el cometimiento de delitos en la ejecución y gestión de varias obras dentro de los llamados sectores estratégicos" concernientes a los juicios penales iniciados contra varios funcionarios públicos, en dos de los cuales ya habían sido declarados culpables, entre otros funcionarios, Alex Bravo Panchano, Gerente de Petroecuador (por cohecho y enriquecimiento ilícito) y Carlos Pareja Yanuzelli, Ministro de Hidrocarburos (por cohecho).

Los peticionarios sostuvieron que Jorge Glas era responsable políticamente y debía ser destituido por cuanto los hechos se dieron dentro de las competencias asignadas expresamente al Vicepresidente que incluía la supervisión de las actividades del Ministerio de Hidrocarburos. Sostuvieron Gómez y el resto de solicitantes: "El Vicepresidente fue designado como el máximo encargado político de todo ese sector, siendo él quien tenía la obligación de velar por el cumplimiento de las metas y de tomar los correctivos necesarios en caso de la existencia de cualquier irregularidad. Por tanto, todo acto delictuoso que involucrara a funcionarios designados por él o que dirigieran acciones en estos sectores bajo su inmediata supervisión, deviene en responsabilidad política porque así le fue asignado por el Presidente de la República" (Petición presentada por Roberto Gómez Alcívar, Asambleísta de Guayas y otros legisladores, el 28 de junio de 2017). Como sustento de la solicitud, se presentaron copias de los expedientes judiciales iniciados por los delitos de cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito contra Alex Bravo Panchano,Gerente de Petroecuador; y Carlos Pareja Yanuselli, Ministro de Hidrocarburos.

La petición de interpelación en contra del entonces vicepresidente de la república se presentó en el mismo día en que la Comisión de Fiscalización de la Asamblea aprobó un informe que recomendaba iniciar un juicio político al excontralor Carlos Pólit. El excontralor fue censurado por la Asamblea mediante juicio político de 2 de julio de 2017 dentro del cual se estableció que habría incurrido en concusión en el caso del proyecto hidroeléctrico San Francisco, una obra de Odebrecht.

En sesión de 10 de julio de 2017, el CAL conoció la solicitud de juicio político y mediante resolución de misma fecha dispuso "aclarar y completar las pruebas documentales o de otra índole". El 13 de julio de 2017 el asambleísta Roberto Gómez Alcívar adjuntó como nueva prueba copias den inglés del laudo arbitral expedido el 22 de noviembre de 2016 por el Tribunal de Arbitraje Internacional que resolvió sobre el arbitraje seguido por Cardno International, Cardno Holdings y Carno Limited contra la compañía Caminosca.

El 18 de julio de 2017, el Consejo de Administración Legislativa dispuso el archivo de la referida primera solicitud de juicio político contra el vicepresidente, presentada por el Asambleísta Roberto Gómez Alcívar por considerar que dicha solicitud no reunía los requisitos establecidos en el art. 87 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. La resolución por la cual se decidió el archivo del juicio político se fundamentó en el hecho de que el asambleísta Alcívar habría presentado, en opinión del CAL, prueba inválida, consistente en el laudo arbitral expedido dentro del arbitraje seguido por Carno International y otras contra la compañía Caminosca, laudo que además de haber sido presentado en idioma extranjero, no se encontraba ejecutoriado.

El 3 de agosto de 2017, el presidente Lenin Moreno retiró todas las funciones asignadas al vicepresidente Jorge Glas. El 25 de agosto de 2017 la Asamblea autorizó el enjuiciamiento penal del entonces vicepresidente dentro del proceso No. 17721-2017-00222 por presunto cometimiento del delito de asociación ilícita en el caso Odebrecht. El 2 de octubre de 2017, Jorge Glas fue reducido a la Cárcel 4 de Quito.

El 7 de noviembre de 2017, nuevamente el asambleísta Roberto Gómez Alcívar, apoyado en esta ocasión por 62 miembros de la Asamblea presentaron ante el presidente de la Asamblea una segunda solicitud para que se dé inicio al juicio político en contra del vicepresidente de la República. Los solicitantes consideraron que el vicepresidente habría incurrido en las infracciones de concusión, cohecho, peculado

y enriquecimiento ilícito. Los referidos asambleístas fundaron su petición en infracciones presuntamente cometidas en relación a los casos Odebrecht, Caminosca y Petroecuador. Con respecto al caso Odebrecht señalaron que de información del Departamento de Justicia de EEUU y otra se podría establecer que el vicepresidente habría recibido beneficios económicos indebidos, especialmente a través de su tío Ricardo Rivero por gestionar el retorno de la empresa y por los contratos que tuvo, "especialmente por las obras Poliducto Pascuales-Cuenca, la remoción de tierras de la Refinería del Pacífico, el Acueducto de la Esperanza, la central Mandariacu y el Trasvase Daule-Vinces".

En relación al caso Caminosca señalaron que de acuerdo a un laudo arbitral dictado en Florida, existiría constancia de que hubo pagos indebidos por parte de la empresa a funcionario del Gobierno, "entre los que se mencionaría al Vicepresidente a través de un alias". Con respecto al caso Petroecuador indicaron en su petición que "la Fiscalía ha formulado cargos por delito de peculado a funcionarios que estaban en la línea de supervisión de Jorge Glas".

En Consejo de Administración Legislativa solicitó que se aclarara la petición y se completaran "las pruebas fundamentales o de otra índole" petición que fue atendida mediante oficio de 14 de diciembre de 2017 en la cual se expresó que "para admitir a trámite el pedido de juicio político, al Consejo de Administración Legislativa le corresponde únicamente verificar el anuncio de pruebas" y que la determinación de la responsabilidad política "es un tema de fondo que solo puede ser discutido durante el juicio político, con posterioridad a la admisión a trámite del CAL".

El 17 de diciembre de 2017, Consejo Administrativo de la Legislatura verificó el cumplimiento de los requisitos en los art.s 129 de la Constitución y 86 a 88 de la Ley Orgánica de la función Legislativa, admitió a trámite la solicitud de juicio político a Jorge Glas y dispuso se remita el expediente a la Corte Constitucional. El 18 de diciembre de 2017, José Serrano, presidente de la Asamblea, en aplicación de lo dispuesto en el art. 88 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, puso en conocimiento de la Corte Constitucional, el pedido de juicio político.

El 21 de diciembre de 2017, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó por unanimidad en enjuiciamiento político a Jorge Glas, sentenciado en primera instancia por el delito de asociación ilícita en el caso

Odebrecht. En su resolución señaló como el dictamen que emite la Corte Constitucional constituye un "segundo filtro a realizarse previo al inicio del juicio político por parte de la Asamblea" y aclaró que el objeto del dictamen es la verificación de temas de forma, careciendo la Corte Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 153 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de competencia para pronunciarse acerca de si están probadas las infracciones y la responsabilidad del presidente o vicepresidente.

Para emitir su dictamen la Corte Constitucional verificó que al menos una tercera parte de las asambleístas hubieran suscrito la petición (en el caso la suscribieron 63 de 137 miembros de la Asamblea), de conformidad con lo establecido en el art. 129 de la Constitución. Asimismo, verificó que en la solicitud se singularicen las infracciones que se le imputaban y, sobre la base de lo dispuesto en los art.s 129 de la Constitución, en concordancia con los art.s 148 y 153 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 89 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, declaró la constitucionalidad y admisibilidad de la solicitud de juicio político.

El 26 de diciembre de 2017 el Consejo de Administración Legislativa resolvió dar inicio al trámite de juicio político en contra del vicepresidente Jorge Glas y remitir el proceso a la Comisión de Fiscalización. El 4 de enero de 2018 el Presidente Lenin Moreno, remitió un oficio a la Asamblea, poniendo en su conocimiento que el presidente Jorge Glas se habría ausentado durante tres meses de su cargo, como consecuencia de la prisión preventiva dictada en su contra y solicitó a la Asamblea que procediera a designar a vicepresidente de una terna que remitió para el efecto.

El 6 de enero de 2018, el Pleno de la Legislatura, luego de verificar que la ausencia del vicepresidente había en efecto superado los tres meses permitidos por la Constitución, eligió a María Alejandra Vicuña para ocupar la vicepresidencia. Sin embargo, el 7 de enero de 2018 la Comisión de Control Político y Fiscalización de la Asamblea desistió de continuar con el proceso de enjuiciamiento al exvicepresidente Jorge Glas. Hasta la fecha de publicación de este artículo, la Asamblea no ha permitido el acceso a dicha acta.

Según la Constitución vigente, el exvicepresidente Jorge Glas solo podía ser enjuiciado políticamente: (a) por haber cometido graves delitos tales como genocidio, tortura, desaparición forzada y homicidio

por razones políticas, (b) por delitos contra la seguridad del Estado y (c) por concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito. Como se ha señalado, las causales invocadas para la segunda petición de enjuiciamiento político fueron concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, en estricta observancia del texto constitucional. Además, se aplicó el procedimiento establecido para el efecto: (1) más de un tercio de la Asamblea solicitó el enjuiciamiento, (2) la solicitud fue admitida por el Consejo de Administración Legislativa y (3) la Corte Constitucional emitió dictamen de admisibilidad. Sin embargo, la Comisión de Fiscalización desistió de continuar con el proceso.

c) Presidentes que no terminaron su mandato

Desde el retorno de la democracia en 1979, además del presidente Jaime Roldós Aguilera, quien falleció el 24 de mayo de 1981, tres presidentes han cesado de sus funciones por razones diferentes a la terminación del período para el cual fueron elegidos.

d) Abdalá Bucarám Ortiz

Abdalá Bucarám fue investido como presidente el 10 de agosto de 1996 y fue destituido el 6 de febrero de 1997. Su breve gobierno se caracterizó por inestabilidad política y económica. Su gabinete y su familia protagonizaron varios escándalos por corrupción, injerencia en las cortes y malversación de fondos públicos. Su hermana Elsa, sindicada en un juicio de corrupción, fue absuelta por la Corte Suprema de Justicia; las cámaras de producción de Guayaquil anunciaron la existencia de irregularidades en la aduana, manejada por su hijo Jacobo; hubo denuncias de mal manejo del dinero recaudado en una teletón promovida por el gobierno; su Ministra de Educación fue convocada a juicio político; e incluso el embajador de Estados Unidos denunció la existencia de “corrupción “penetrante”.

Su forma de comportarse también causaba molestia en la población: cantaba y bailaba; comió con las manos en una visita oficial al Perú; se afeitó públicamente su bigote característico para recaudar fondos, se autodenominaba loco, etc. Además, en una controversial visita al país vecino, pidió perdón al entonces presidente del Perú, Alberto Fujimori, por el conflicto bélico mantenido con dicho país años atrás.

Finalmente, el 13 de enero de 1997, eliminó el subsidio al gas, todo lo cual causó el descontento popular. El 5 de febrero de 1997 hubo masivas manifestaciones populares contra la corrupción y las medidas económicas y varias carreteras fueron cerradas. La población solicitaba la renuncia o destitución del presidente.

El 6 de febrero de 1997, el Congreso destituyó Abdalá Bucarám Ortiz. La causal invocada fue "incapacidad mental". La declaratoria de incapacidad mental para gobernar y consecuentemente el cese de funciones como Presidente Constitucional fue dada por el Congreso en los siguientes términos:

> "Ante los sucesos que paralizan y conmueven a la Nación Ecuatoriana provocados por la bochornosa e ilegal conducta del Presidente...que de manera reiterada y constante viola la Constitución y las leyes de la República, atropella a la sociedad civil, amenaza y agrede a la prensa y más medios de comunicación, utiliza a las Fuerzas Armadas en actos extraños a sus funciones perjudicando su imagen, protagoniza actividades artísticas, musicales y deportivas reñidas frontalmente con la majestad de la Presidencia de nuestra República y ha montado una gigantesca red de familiares y allegados que son el eje de la corrupción que, convertida en sistema de Gobierno, azota y denigra al Ecuador; Que el Presidente...ha intentado amedrentar a los diputados impidiendo el norma tránsito al Palacio Legislativo y amenazando al Presidente del Parlamento y a los principales líderes del mismo, con apresarlo sino se somete a sus caprichos; y, Que la exigencia, virtualmente unánime de la población es que termine este estado de caos y desafueros organizado por el Ejecutivo, Resuelve: Declarar la incapacidad mental para gobernar del abogado Abdalá Bucarám Ortiz, al tenor del literal d) del art. 100 de la Constitución...y consecuentemente el cese de funciones como Presidente Constitucional de la República" (RO-23, 1997).

Pese a que debía sucederle en el poder la vicepresidente, Rosalía Arteaga Serrano, el Congreso nombró Presidente Interino al entonces presidente del Congreso, Fabián Alarcón Rivera. El Congreso resolvió:

> "En aplicación del inciso 2do del Art. 1 de la Constitución [que establece que La soberanía radica en el pueblo, que la ejerce por los órganos del poder público] y en uso de esas atribuciones, designa como Presidente Constitucional Interino de la República del

> Ecuador, al doctor Fabián Alarcón Rivera, Presidente del H. Congreso Nacional para que en el lapso de un año contados a partir de esta fecha, convoque a elecciones generales para designar Presidente y Vicepresidente de la República y Diputados Provinciales, Concejales y Consejeros, que deban ser renovados por la conclusión de su período, quienes deberán posesionarse en el mes de agosto de 1998, de acuerdo a la Ley" (RO-23, 1997).

En el mismo acto, el Congreso declaró cesantes en su cargo al Contralor, Procurador, Fiscal General, Superintendente de Bancos, Superintendente de Compañías, Superintendente de Telecomunicaciones a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales. Basó su decisión en la necesidad de que "estos organismos de control sean dirigidos por ciudadanos independientes de la influencia del Régimen y cumplan con su verdadero cometido". Alegó estar facultado para proceder a la destitución de dichas autoridades con base en el art. 82 de la Constitución que establecía:

> "El Congreso Nacional, se reúne en pleno, sin necesidad de convocatoria, en Quito, desdel 1 de agosto hasta el 9 de octubre de cada año, para conocer exclusivamente los siguientes asuntos:...g) Proceder al enjuiciamiento político durante el ejercicio de sus funciones, y hasta un año después de terminadas, ... del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado, del Ministro Fiscal General...y de los Superintendentes de Bancos y de Compañías por infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos, y resolver su censura en el caso de declaratoria de culpabilidad, lo que producirá como efecto su destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos durante el mismo período en todo caso la inhabilidad no podrá ser inferior a un año..." (RO-23, 1997).

El parlamento además expresó:

> "El Congreso Nacional como respuesta al "MANDATO POPULAR" presentado por...pronunciamientos...de mayoritarias, organizaciones y sectores sociales del país, demanda al nuevo Gobierno una política económica sustentada en la confianza, la seguridad jurídica, la honestidad, la eficacia y la solidaridad, que se traduce en medidas de austeridad fiscal y de incentivos a la producción...y que derogue las medidas económicas que tanto quebranto han causado a los ecuatorianos. Deseche el proyecto de convertibilidad, redefina el manejo de la deuda externa privilegiando la inversión social...

> Elimine el Ministerio Étnico Cultural…Restituya en sus cargos a los trabajadores y maestros de Instituciones Públicas que han sido ilegalmente cancelados…y excita a la Función Ejecutiva y Judicial para que se investiguen e inicien los juicios por peculado, extorsión y otros delitos, cometidos por los funcionarios, familiares y amigos de la administración del Abg. Abdalá Bucarám" (RO-23, 1997).

En la misma resolución, el Congreso demandó al nuevo gobierno que:

> "Cree por consenso los mecanismos jurídicos y constitucionales para que se convoque la Asamblea Constitucional con el fin de iniciar y promover una reforma constitucional que permita un cambio estructural del Estado y la sociedad ecuatoriana, garantizando los derechos legítimamente obtenidos por las organizaciones sociales y sectores productivos, reconociendo a nuestro Estado también como Plurinacional…El H. Congreso Nacional, procederá a realizar las reformas constitucionales y legales que viabilicen la instalación de la Asamblea Constitucional en agosto de 1998" (RO-23, 1997).

El 9 de febrero de 1997, el Congreso resolvió (tras ratificar la declaratoria de incapacidad mental para gobernar del Presidente Abdalá Bucarám) encargar la Presidencia de la República, en forma temporal, a Rosalía Arteaga Serrano, Vicepresidente Constitucional. El 11 de febrero de 1997 el Congreso nuevamente nombró a Fabián Alarcón como presidente Constitucional Interino y dispuso que el Presidente convoque a elecciones en el lapso de doce meses (RO-23, 1997).

En opinión de la autora, en el proceso de destitución del presidente Abdalá Bucarám no se respetaron las garantías previstas por la propia Constitución Ecuatoriana. De hecho, la resolución legislativa de 9 de febrero de 1997 constituyó un reconocimiento tácito, aunque parcial, de la inconstitucionalidad en la que se había incurrido. El Legislativo estaba facultado para analizar el pedido e iniciar un proceso de enjuiciamiento encaminado a declarar el cese de funciones del presidente Abdalá Bucarám. En 1997, según la normativa interna, era posible enjuiciar políticamente al presidente por: traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afecte gravemente el honor nacional.

Las declaraciones en relación al Perú, el hecho de haber pedido perdón, tomando en cuenta que tal estado invadió el Ecuador en el pasado como consecuencia de lo cual gran parte del territorio ecuatoriano fue anexado al Perú, podían haberse considerado una forma traición a la

Patria. Además, existía una inmensa cantidad de indicios respecto a cohecho y otros actos de corrupción, sin perjuicio de otras conductas que posiblemente afectaban gravemente el honor nacional.

Sin embargo, el Congreso optó por declararlo incapaz mental y cesarlo inmediatamente, sin que el presidente depuesto tuviera oportunidad de ejercer el derecho a la defensa, ni se presentasen pruebas, valiéndose el Congreso de un vacío legal respecto al procedimiento a seguirse para la declaratoria de cese de funciones por incapacidad mental. El vacío constitucional y legal no facultaba al Congreso a proceder a la destitución sin que se respeten normas básicas del debido proceso.

Además, un golpe de Estado encubierto se configura también cuando no se respeta el orden de sucesión presidencial. Esto ocurrió en el Ecuador cuando, en lugar de sucederle a Abdalá Bucarám su vicepresidenta, Rosalía Arteaga, se entregó la presidencia a Fabián Alarcón, quien ocupaba la presidencia del Congreso.

e) Jamil Mahuad

El Presidente Jamil Mahuad Witt fue derrocado el 21 de enero de 2000, luego de que miembros de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador "CONAIE" apoyados por un grupo de coroneles de las Fuerzas Armadas, se tomaran las calles de Quito y avanzaran al Congreso Nacional. A la media noche se anunció la creación de un triunvirato, conformado por Antonio Vargas, en representación de los indígenas, por el Coronel Lucio Gutiérrez y por el abogado Carlos Solórzano Constantine.

Gutiérrez fue eventualmente relevado en el triunvirato por el general Carlos Mendoza. Sin embargo, durante la madrugada del sábado 22 de enero de 2000, el vicepresidente Gustavo Noboa Bejarano fue declarado como nuevo presidente en un acto realizado en el Ministerio de Defensa, y luego asumió formalmente el cargo ante el Congreso, luego de que el legislativo declarara cesante a Mahuad como presidente al haberse auto exiliado en la Embajada chilena.

La resolución No. R-21-025 dictada por el Congreso Nacional el 22 de enero de 2000 en cesión realizada en el auditorio del Banco Central del Ecuador de la ciudad de Guayaquil, señaló lo siguiente:

> “Considerando: Que un grupo de sediciosos en abierta violación constitucional ha intentado usurpar las tres Funciones del Estado; Que a consecuencia de la actitud desestabilizadora de la democracia, propiciada por algunos sectores, el Presidente Constitucional de la República doctor Jamil Mahuad Witt, como es de conocimiento público, ha abandonado el cargo para el que fue democráticamente elegido; Que el grave estado de conmoción interna al que ha llegado la sociedad ecuatoriana amenaza con provocar la destrucción del Estado; Que es deber fundamental del H. Congreso Nacional defender la Constitución, el Sistema Democrático y la Forma Republicana de Gobierno; y En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, Resuelve: Art. 1.- Declarar, de conformidad con lo dispuesto por el art. 167 numeral 6 de la Constitución Política de la República el abandono del cargo y la cesación de sus funciones del Presidente Constitucional de la República, doctor Jamil Mahuad Witt. Art. 2.- Rechazar enérgicamente la actitud antidemocrática de los sectores involucrados en violentar la Constitución Política y condenar los golpes de Estado que han interrumpido el ordenamiento democrático. Art. 3.- Respaldar en forma irrestricta el Orden Constitucional y en consecuencia el ejercicio de la competencia específica establecida en el art. 168 de la Carta Política por parte del Vicepresidente de la República, señor doctor Gustavo Noboa Bejarano, esto es, subrogar en forma definitiva al Presidente Constitucional por el tiempo que falte para completar el correspondiente período constitucional”(DE-24, 2000).

Jamil Mahuad fue removido mediante un claro golpe de estado que violentó todas las normas constitucionales y legales aplicables y vigentes en la fecha de los hechos. El golpe, como se ha descrito, no provino del legislativo sino de una porción de las Fuerzas Armadas que lo forzó a abandonar el Palacio Presidencial. El orden constitucional fue solo parcialmente reinstaurado mediante una resolución adoptada pocas horas después, por el Congreso Nacional, declarando el abandono del cargo y nombrando al entonces vicepresidente como nuevo Presidente de la República, conforme al orden de sucesión establecido en la Constitución. Sin embargo, al haber sido “forzado” abandonar el cargo, es opinión de la autora que en estricta aplicación de las normas correspondía al Congreso Nacional reinstaurar a la presidente en su cargo, para así hacer respetar tanto los derechos del presidente como los derechos de los electores.

f) Lucio Gutiérrez

A mediados y fines del 2004 miembros del Congreso Nacional fracasaron en su intento por iniciar un juicio político contra el entonces presidente, Lucio Gutiérrez.(El Universo, 2004, Mayoría prepara juicio contra Presidente).

Más bien, Gutiérrez logró consolidar una mayoría en el parlamento, y el Congreso cesó, el 25 de noviembre, a los vocales del Tribunal Constitucional y el 8 de diciembre de 2004, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Los magistrados fueron reemplazados con jueces identificados con los partidos políticos de la nueva mayoría parlamentaria (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2005, Capítulo Ecuador).

En rechazo a la toma de las cortes y a otros hechos, el 26 de enero y el 16 de febrero de 2005 se realizaron marchas ciudadanas multitudinarias en Guayaquil y Quito, a favor de la democracia y del respeto a la Constitución. El 29 de marzo de 2005 la nueva Corte Suprema anuló los juicios contra el expresidente Abdalá Bucaram, quien retornó al país a inicios de abril. Aquello generó mayor rechazo de la población y provocó una serie de manifestaciones espontáneas, especialmente en la ciudad de Quito. Contando con el respaldo de las Fuerzas Armadas, en la noche del 15 de abril Gutiérrez declaró el Estado de Emergencia Nacional. Utilizando la expresión de Osvaldo Hurtado, "lo que no consiguió la oposición durante meses, lo obtuvo la calle en pocos días". El 20 de abril, los protestantes atravesaron la barricada de las Fuerzas Armadas, que en esa fecha retiraron, al igual que la Comandancia de la Policía, el apoyo a Gutiérrez. Ante esto, Gutiérrez salió de Carondelet por los techos, a bordo de un helicóptero.

El Congreso decidió entonces reunirse y en su resolución No. R-26-029 consideró:

> "Que la primera obligación del Presidente de la República es cumplir y hacer cumplir la Constitución Política de la República y, en consecuencia, preservar el estado social de derecho y la integridad y seguridad de los ecuatorianos; Que el coronel Lucio Gutiérrez ha desconocido la Constitución Política de la República al intervenir indebidamente en los otros poderes del Estado, pretendiendo inclusive disponer acerca de la organización de la Función Judicial; Que en abierto incumplimiento de sus deberes constitucionales y

> morales, en un evidente acto de irresponsabilidad, el coronel Lucio Gutiérrez ha dispuesto indebidamente la utilización de la Fuerza Pública para reprimir manifestaciones pacíficas del pueblo de Quito que no amenazaban la seguridad de las personas ni la integridad de los bienes; Que además, el coronel Lucio Gutiérrez ha movilizado bandas armadas para ocupar Quito y agredir a sus habitantes; Que es deber del Congreso Nacional tomar las medidas necesarias para asegurar la integridad de la República y preservar la seguridad de sus habitantes Que las actitudes del coronel Lucio Gutiérrez lo colocan al margen de la Constitución y la Ley, en evidente abandono de las responsabilidades que le corresponden como Presidente Constitucional de la República; Que esto ha configurado la causal de abandono del cargo (CRE, 1998, art. 167).

Y resolvió:

> "1. Declarar que el coronel Lucio Gutiérrez Borbúa ha abandonado el cargo de Presidente Constitucional de la República y, en consecuencia deben operar los mecanismos de sucesión constitucional. 2. Disponer que se de inicio a los procedimientos del caso, para sancionar a los responsables de las violaciones constitucionales que se han producido, incluido el cumplimiento de órdenes inconstitucionales por parte de la Fuerza Pública".

El expresidente Lucio Gutiérrez interpuso, contra su destitución por abandono del cargo, una acción de amparo constitucional. En su acción solicitó "se declare la invalidez de la declaración de abandono de su cargo de Presidente de la República adoptada inconstitucionalmente por una facción del Congreso Nacional" (R-26-029, 2005). Fundamentó su acción, entre otros puntos, en: (1) que la resolución que declaró el abandono del cargo fue formulada sin que se realizara una convocatoria previa por parte del Presidente del Congreso; (2) que los considerandos para adoptar la Resolución eran falsos; (3) que se trató de un golpe de estado; (4) que debió haberse promovido un juicio político en su contra "dándole así la posibilidad de ejercer sus garantías constitucionales como ciudadano común y principalmente como Presidente Constitucional"; y (5) que aún después de la resolución se encontraba haciendo uso legítimo de las funciones de Presidente.

La acción llegó a conocimiento de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, luego de que fuera rechazada en primera instancia por el Juez Noveno de lo Civil de Pichincha. El Tribunal Constitucional resolvió

negar, por improcedente, el amparo solicitado. Su resolución se fundó en el artículo 1 de la Constitución vigente a esa fecha, que establecía que la "soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad". Al respecto el Tribunal señaló:

> "Por esta razón ese mismo pueblo, detentador del poder, puede revocar su mandato, sea de manera expresa...o también como expresión colectiva de rechazo tal como lo consagró la declaración constitucional norteamericana de en 1776: "...los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados, que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice su seguridad y su felicidad...El poder ejercido por el accionante, no era de su propiedad, su presencia en Carondelet, era y es para el actual inquilino la representación de un pueblo, a quien está obligado a rendir cuentas pues tiene responsabilidad constitucional y legal... El accionante mal puede violar la carta constitucional, apartándose de sus funciones, para intervenir en otra función abandonando así la calidad de presidente constitucional y luego acudir al órgano de control constitucional, para reclamar por un "daño grave" que no lo recibió, más bien lo provocó con sus actos que motivaron al pueblo a protestar y demandar el retorno al estado de derecho."

Así mismo, el Tribunal Constitucional consideró que Lucio Gutiérrez abandonó el poder al atribuirse funciones que no le correspondían y al ordenar que las Fuerzas Armadas actúen en contra de manifestaciones pacíficas. Al respecto señaló:

> "La estructura jurídica del Estado, tiene como uno de sus paradigmas la separación de las funciones ...la separación de las funciones del poder tiene como primordial objetivo el de evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte de un funcionario investido de todas las funciones...[L]a responsabilidad del gobierno significa la obligación del gobernante de desarrollar sus planes de gobierno y la administración del Estado de conformidad con las atribuciones y deberes que le otorga la Constitución y la ley...[D]e conformidad con lo establecido en el art. 119, los organismos públicos y sus funcionarios no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la ley y en la Constitución. Este art. aplica el principio de separación de funciones, y se lo conoce como el principio de legalidad

o reserva de ley... Dicha separación de funciones no tiene otro objetivo que la limitación del poder otorgado a los mandatarios...a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, por tal circunstancia, ninguna función del Estado puede interferir en los asuntos de competencia de otro. Específicamente, el art. 199 de la Constitución Política de la República prohíbe que cualquier otro poder del Estado interfiera en la Función Judicial...la independencia de la Función Judicial es un mandato constitucional que debe ser respetado por las demás autoridades del Estado...[L]a resolución impugnada establece que el accionante, cuando ejercía la Presidencia Constitucional del Ecuador, "ha desconocido la Constitución Política de la República al intervenir indebidamente en los otros poderes del Estado, pretendiendo inclusive disponer acerca de la organización de la Función Judicial"; "en abierto incumplimiento de sus deberes constitucionales y morales, en evidente acto de irresponsabilidad, el coronel Lucio Gutiérrez ha dispuesto indebidamente la utilización de la Fuerza Pública para reprimir manifestaciones pacíficas del pueblo de Quito que no amenazaban la seguridad de las personas ni la integridad de los bienes; ha movilizado bandas armadas para ocupar Quito y agredir a sus habitantes; las actitudes del coronel Lucio Gutiérrez lo colocan al margen de la Constitución y la Ley, en evidente abandono de las responsabilidades que le corresponden como Presidente Constitucional de la República". Estos actos imputados [a] Lucio Gutiérrez, y que son de dominio público... de conformidad con lo establecido en los art.s 1 y 120 de la Constitución, establecen la responsabilidad política y administrativa a la que está sujeta el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad política que debe ser conocida por el Congreso Nacional de conformidad con el art. 130 de la Constitución de la República...[A]bandonar en el lenguaje natural no sólo significa: "Dejar un lugar, apartarse de él, cesar de frecuentarlo o habitarlo" (DRA), sino que entre otras acepciones significa: "descuidar uno sus intereses u obligaciones" (DRA); del mismo modo, desdel punto de vista jurídico abandonar significa: "Faltar a un deber; incumplir una obligación" (Guillermo Cabanellas); **por lo cual, los hechos descritos en la Resolución Legislativa R-26-09, ejecutados por parte del ex - Presidente Gutiérrez ... configuran el abandono del cargo** en el que incurrió el ex - Presidente de la República, Lucio Gutiérrez, al irrespetar a los otras funciones del Estado, que asimismo, son manifestaciones de la voluntad popular...[I]gualmente, el estado de emergencia decretado por el accionante no estaba sustentado en los hechos por ninguna de las

> causales establecidas en el art. 180 de la Constitución. Es más, las manifestaciones en su contra se hallaban amparadas en lo establecido en...la Constitución que reconoce el derecho de los pueblos a su autodeterminación y a liberarse de sistemas opresivos."

Finalmente, respecto a la facultad del Congreso de declarar el abandono del cargo, el Tribunal Constitucional señaló:

> "[D]e conformidad con lo establecido en el numeral 1 del art. 130 de la Constitución: el Congreso Nacional tiene el deber y la atribución de establecer el abandono del cargo del Presidente de la República y declararlo cesante; siendo tal facultad el resultado de la potestad fiscalizadora del Congreso Nacional, facultad que deviene directamente de la soberanía popular y de la esencia de la forma de gobierno republicana...teniendo fundamento dicha atribución en la teoría de los pesos y contrapesos políticos...para balancear el poder de cada una de las funciones y evitar, como es el propósito del Estado democrático, el ejercicio arbitrario del poder."

Posiblemente como consecuencia de la manera como fue removido de su cargo el expresidente Gutiérrez, la Constitución de 2008, agregó a las causales de remoción la de: "grave crisis y conmoción interna", que fue precisamente lo que se vivió en los días que precedieron a la remoción de Lucio Gutiérrez.

Si bien en opinión de la autora, el clamor del pueblo en las calles debe tener incidencia en las actuaciones del legislativo, no por esto deben obviarse los procedimientos o incumplirse las leyes sustantivas. En tal virtud, si el pueblo solicita la destitución de un presidente (como fue el caso de los expresidentes Bucarám y Gutiérrez) el legislativo debe estudiar bajo qué causal la conducta del mandatario amerita su destitución. Si un mandatario no ha incurrido en ninguna de las causales previstas por la Constitución, el pueblo aún tendría la posibilidad activar la institución de la revocatoria de mandato, también establecida en nuestra normativa.

En el año 2005 en que fue destituido Gutiérrez, se encontraba vigente la Constitución de 1998 según la cual las causales de destitución mediante enjuiciamiento político se limitaban a "comisión de delitos conta la seguridad del estado" y "delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito". En cuanto a delitos contra la seguridad del estado, el Código Penal vigente en ese momento contemplaba los

siguientes: conspirar contra la seguridad exterior, induciendo a una potencia extranjera a declarar la guerra (Art. 115); hacerse en armas contra la República,(Art. 116); facilitar a los enemigos de la República la entrada o la marcha en el territorio del Estado, favorecer el progreso de armas enemigas en la República y revelar maliciosamente secretos de la nación a una potencia enemiga (Art. 117) entre otras de similar naturaleza.

Es decir, pese a que no era procedente el enjuiciamiento político por delitos contra la seguridad del Estado. En cuanto a la posibilidad de enjuiciamiento político por peculado, el 23 de mayo de 2005 -es decir un año después de su destitución- el expresidente fue denunciado por peculado por un diputado. Sin embargo, el proceso penal no prosperó. En realidad, no contemplaba la Constitución de 1998 (vigente a 2004) una causal de enjuiciamiento político que se ajustara a la situación que estaba viviendo el país.

Como se ha descrito, otras causales de remoción posibles eran: incapacidad física o mental y abandono del cargo del cargo (la Constitución de 1998 no preveía entre las causales de remoción del cargo la arrogación de funciones). En opinión de la autora, no existían fundamentos para que fuera removido por incapacidad mental y un informe médico objetivo difícilmente hubiese establecido la existencia de tal incapacidad.

Resulta interesante la interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional de la frase "abandonar el cargo" en el sentido de que implicaría no solo el abandono físico (el haber evacuado el Palacio de Gobierno, por ejemplo) sino, según la definición del tratadista Cabanellas: "faltar a un deber; incumplir una obligación", que en este caso se habría referido a su obligación, como máxima autoridad del ejecutivo, de no interferir con otras funciones del estado y de no abusar de su poder en el uso de la Fuerza Pública. Comparto esa interpretación, y en este sentido el Tribunal Constitucional operó como garante de los intereses y derechos del pueblo.

Sin embargo, en estricto rigor, el órgano legislativo debía respetar las garantías del debido proceso en relación con el proceso de remoción y especialmente si se iba a conferir una interpretación extensiva de la figura del abandono del cargo. De conformidad con el orden constitucional y supranacional Gutiérrez debió haber tenido la oportunidad de defenderse para garantizar así tanto sus derechos como los

de sus electores; aunque por lo menos sí tuvo la oportunidad de impugnar esa decisión ante el máximo órgano de control constitucional.

4. PETICIÓN DE OPINIÓN CONSULTIVA POR LA CIDH

1) ¿Qué garantías específicas del debido proceso, previstas en el Art. 8 de la Convención y Art. XVIII de la Declaración resultan exigibles en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?

En general, todas las garantías previstas en el art. 8 de la Convención y en el art. XVIII de la Declaración resultan exigibles en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos. Por lo tanto, todo presidente que sea sometido a juicio político gozará del derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por quienes gocen de competencia para juzgarla políticamente. El procedimiento para el juzgamiento político deberá encontrarse establecido con anterioridad en la legislación y el presidente deberá ser informada previa y detalladamente de las acusaciones en su contra. Además, deberá concedérsele el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Quien sea enjuiciada políticamente no será obligada a declarar contra sí misma ni a declararse culpable ni podrá ser sometida a coacción de ninguna naturaleza, y podrá interrogar a quienes declaren en su contra. El enjuiciamiento político será público, la decisión podrá ser recurrida en sede jurisdiccional, y el presidente absuelto no podrá ser sometido a un nuevo juicio político por los mismos hechos.

El Art. 8 de la Convención dispone:

> “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

El Art. 18 de la Declaración dispone:

> "Art. XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente."

Respecto a los derechos reconocidos por el art. 8 de la Convención la Corte ha aclarado si bien el art. 8 de la Convención se titula "garantías judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que abarca el conjunto de requisitos que deben observarse en cualquier instancia procesal, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante actos que puedan afectar sus derechos. Además, la Corte ha explicado que en cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos y que la actuación del Estado debe siempre encontrarse regulada, no pudiendo, por ejemplo, dictar la administración actos sancionatorios sin otorgar la garantía del debido proceso.

La Corte se ha referido en su jurisprudencia específicamente a varios aspectos atinentes al debido proceso tales como la respecto a la imparcialidad y la motivación, y además ha establecido que la revisión judicial por parte de la jurisdicción ordinaria constituye una de las formas de ofrecer garantías objetivas de independencia e imparcialidad en el marco de jurisdicciones especiales.

No existen en el sistema interamericano precedentes relativos a destituciones de presidentes o vicepresidentes. Pero sí existen antecedentes en cuanto a remociones, por parte del órgano legislativo, de otros funcionarios que ocupaban altos cargos públicos. En tales casos la Corte ha analizado, precisamente, si se han protegido las garantías básicas del debido proceso. Por ejemplo, en el caso Quintana Coello y otros, relacionado con la remoción arbitraria de magistrados de la Corte Suprema de Ecuador, la Corte expresó que como el cese de los magistrados implicó una determinación de sus derechos, pues la consecuencia fue la separación del cargo, eran aplicables las garantías judiciales establecidas en el art. 8.1 de la Convención.

En el caso de la Corte Suprema vs. Ecuador, a fin de determinar si se infringieron, las garantías contenidas en el art. 8 de la Convención,

la Corte examinó: i) la competencia del Congreso para cesar a los magistrados; ii) la aplicación de una norma transitoria como justificativo para la destitución de los magistrados, y iii) si los magistrados fueron oídos. En el caso citado la corte determinó que habrían existido violaciones al debido proceso, entre otros motivos, porque el Congreso carecía de competencia para enjuiciar a los magistrados, porque creó un mecanismo ad-hoc para removerlos de sus cargos y porque por cuanto existía un procedimiento establecido que indicaba el proceso y las causales por las cuales un magistrado podía ser destituido.

En relación con la alegación, por parte del Estado, de la supuesta existencia de una norma que permitía la destitución de los magistrados por el Congreso Nacional, la Corte desmintió, las alegaciones luego de analizar los supuestos bajo los cuales podía proceder un proceso de destitución y determinó que la norma no era aplicable al caso.

Respecto a si los magistrados tuvieron la posibilidad de ser oídos, la Corte observó que de la prueba que obraba en el expediente se encontraba probado que los magistrados fueron separados de sus cargos sin contar con la posibilidad de comparecer ante el Congreso Nacional pues ni siquiera fueron notificados sobre la sesión extraordinaria en la que se decidió sobre su remoción y mucho menos, sobre la moción que se presentaría para cesarlos de sus cargos. En tal virtud, la Corte concluyó que se violó, en perjuicio de los magistrados, su derecho a defenderse, a ser oídos y a la presentación de argumentos o pruebas a su favor."

En su Voto Concurrente a la Sentencia de la Corte en el Caso de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot expresó que una desviación de poder implicara una extralimitación en una función asignada a un agente estatal. Además, explicó que en el caso existió desviación o abuso de poder teniendo en cuenta el contexto bajo el cual ocurrieron los hechos y la clara intención de separar a los magistrados, no porque el término de su cargo hubiera terminado, sino con el objetivo de controlar el poder judicial de Ecuador.

Asimismo, en el Caso Camba Campos ("Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador), referente a el cese arbitrario de ocho vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador y a la tramitación de varios juicios políticos contra algunos de los vocales, la Corte reiteró que el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano que se encuentre en una situación

de poder y que es ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Además, observó la importancia de este principio cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio. Específicamente en cuanto al ejercicio de las atribuciones del órgano legislativo para llevar a cabo un juicio político, la Corte recordó que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado debe contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe de acuerdo con un procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.

En la sentencia referida (Tribunal Constitucional vs. Ecuador) la Corte se refirió a jurisprudencia previa (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú) en la cual ya había establecido que el órgano legislativo debe contar con competencia y garantizar el resto de las garantías del debido proceso a los funcionarios que sean sometidos a un proceso de destitución por parte del legislativo, tales como permitir a los enjuiciados el presentar pruebas y contrainterrogar testigos, otorgarles un tiempo suficiente para ejercer su defensa, y motivar su resolución.

Precisado el precedente del caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte procedió a determinar si la resolución adoptada por el Congreso del Ecuador en virtud de la cual se declaró cesados a los vocales del Tribunal Constitucional, así como los juicios políticos que se llevaron en contra de algunos de ellos, constituyeron un acto arbitrario que vulneró la garantía de competencia y el derecho a ser oído. Para realizar dicho análisis, la Corte consideró necesario examinar, entre otros aspectos: "el sustento legal y la competencia del Congreso para cesar a los vocales" y "el alcance del derecho a ser oído tanto frente a la decisión sobre el cese como respecto a los juicios políticos, así como el principio "ne bis in idem".

En cuanto a la motivación utilizada en la resolución legislativa que declaró cesantes a los vocales del Tribunal Constitucional, la Corte destacó cómo en el debate realizado en el congreso no se invocó norma legal alguna como base de la declaración de cese y cómo el Estado, dentro del procedimiento ante la Corte, tampoco indicó en qué norma se podría basar dicha decisión. En este sentido la Corte señaló que si el Congreso consideraba que el acto de designación de los vocales fue irregular debió acudir a la Justicia Contencioso Administrativa para que ésta determinara si la designación era lícita que, de conformidad con lo establecido en el art. 275 de la Constitución, la única forma mediante

la cual era posible cesar al Tribunal Constitucional era a través de un juicio político y que el Congreso no tenía facultades para "cesar" a los vocales. La Corte observó que la destitución se produjo precisamente en un momento de crisis política entre los poderes del Estado, contexto en el cual también ocurrió la cesación de la totalidad de la Corte Suprema. Además, observó que si bien los diputados expresaron que se estaba cesando a los vocales por una irregularidad en la votación mediante la cual fueron elegidos, lo cierto es que no se explicitó cuál sería el fundamento legal que establecía que la votación no podía realizarse de la manera en que se llevó a cabo. La Corte concluyó, por tanto, que no existía competencia del Congreso para tomar la decisión de cesar a los vocales.

La Corte se refirió también al derecho de los vocales del Tribunal Constitucional a ser oídos. Al respecto, tras reiterar la importancia de esta garantía y su aplicación en procedimientos ante órganos legislativos, observó que no fueron notificados y que fueron separados de sus cargos sin contar con la posibilidad de comparecer ante el Congreso Nacional para responder a las acusaciones que se les estaban realizando y controvertir los argumentos por los cuales fueron cesados de sus cargos. Concluyó, la Corte, que era indispensable que se les garantizara la posibilidad de ser oídos en relación con las alegadas irregularidades en su designación.

En relación con los juicios políticos iniciados contra algunos de los vocales del Tribunal Constitucional, la Corte explicó que, si bien las víctimas tuvieron oportunidad de expresar sus defensas en un primer proceso de enjuiciamiento, no fueron convocados a una segunda votación, que culminó con su censura. Además, resaltó que en un enjuiciamiento político debe existir claridad respecto a cuándo se inicia y finaliza. En la referida sentencia (Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador) la Corte declaró, por unanimidad que el Estado violó el art. 8 incisos 1, 2 y 4 de la Convención.

Por otra parte, la Corte ha señalado que el derecho al debido proceso no puede suspenderse con motivo de las situaciones de excepción. También ha expresado que el Estado de Derecho y la democracia representativa son consustanciales con el Sistema Interamericano y en particular con el régimen de protección de los derechos humanos. En especial ha enfatizado que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

Asimismo ha expresado que las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables y que las garantías que se derivan de la forma democrática de gobierno a que se refiere el art. 29.c) de la Convención, no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar sino la necesidad de que esté amparada por garantías judiciales para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho.

Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte determina que ni aún bajo circunstancias excepcionales -tales como podría ser considerada una situación de "grave conmoción interna" – puede un estado dejar de observar su deber de respetar las garantías básicas que garantizan un debido proceso.

La Corte Europea de Derechos Humanos ("la Corte Europea") resolvió respecto a la posible existencia de violaciones procesales en el contexto de un enjuiciamiento político a un presidente designado por elección popular. En la sentencia dictada en el caso *Paksas v. Lithuania*, la supuesta víctima alegó que se habría violado su derecho a ser oído y el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, en dos procedimientos seguidos en la Corte Constitucional en los cuales habría fundado luego el legislativo su decisión de destituirlo. La Corte Europea concluyó que no habrían existido tales violaciones en vista de que la determinación de la Corte Constitucional no dirigió un procedimiento penal. La Corte Europea subrayó que el art. 6 inciso 1 de la Convención (derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial) no era aplicable a los procedimientos constitucionales en cuestión.

Por otro lado, la Constitución reconoce, en su Art. 76, garantías procesales análogas a las previstas en el art. 8 de la Convención y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte. Además, el art. 11 de la Constitución establece que todas las personas gozarán de los mismos derechos; que los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación ante cualquier servidor público; que para el ejercicio de derechos y garantías no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley; que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o negar su reconocimiento y que en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos deberán aplicar la norma

y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. En opinión de la autora, los principios definidos por el Art. 11 de la Constitución determinan que las garantías básicas del debido proceso deben ser observadas en cualquier procedimiento de destitución a mandatarios de elección popular.

En consecuencia, con base en las normas y jurisprudencia de la Corte, reflejadas en la normativa y jurisprudencia ecuatoriana, en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos, son exigibles todas las garantías previstas en el Art. 8 de la Convención. En particular, todo Presidente que sea sometida a enjuiciamiento política goza: del derecho a ser oído, con las debidas garantías por un órgano legislativo con competencia para enjuiciarla políticamente, que actúe de manera independiente e imparcial, con fundamento en normas establecidas con anterioridad; del derecho a ser comunicada previa y detalladamente de las acusaciones y cargo formulados en su contra; del derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de su defensa; del derecho a presentar pruebas de descargo y a contrainterrogar a testigos; del derecho a impugnar la decisión ante un órgano jurisdiccional; del derecho a que la resolución que determina su destitución se encuentre debidamente motivada; del derecho a no ser sometido a nuevo enjuiciamiento político por los mismos hechos; y del derecho a que el proceso de enjuiciamiento político se realice de manera pública.

2) ¿De qué manera aplica el derecho a la protección judicial previsto en el Art. 25 de la Convención y Art. XVIII de la Declaración a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democráticamente electos? ¿Exige el Art. 25 de la Convención y Art. XVIII de la Declaración -y con qué alcance- un control judicial sobre el procedimiento mediante el cual se realizó un juicio político por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos/as? ¿Exige el Art. 25 de la Convención y Art. XVIII de la Declaración y con qué alcance- un control judicial sobre el resultado de un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos/as? ¿De qué manera se puede asegurar que el alcance y la implementación en la práctica del control judicial referido en las preguntas anteriores no implique un riesgo respecto del principio de separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos en una democracia?

El derecho a la protección judicial previsto en el art. 25 de la Convención en relación con el Art. XVIII de la Declaración es aplicable a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democráticamente electos en dos dimensiones. El presidente democrática y constitucionalmente electo que fuera destituido por el órgano legislativo: 1) tiene derecho a que dicha decisión sea revisada por un jueza o tribunal, sea de índole constitucional o judicial; y 2) tiene derecho a acceder a un recurso sencillo y rápido para la determinación de sus derechos.

Naturalmente, en el proceso de revisión y determinación de sus derechos, sea en sede judicial o constitucional se asegurarán todas las garantías del debido proceso previstas en el art. 8 de la Convención. No obstante, en caso de existir dictamen del máximo órgano de control constitucional, que establezca la procedencia del enjuiciamiento, no será exigible una nueva revisión, salvo el dictamen procediese de un órgano que parcializado e incompetente.

Los art.s 15 y 25 de la Convención exigen un control judicial sobre un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democráticamente electos. Sin embargo, dicho control constitucional o jurisdiccional puede tener lugar con anterioridad o posterioridad al enjuiciamiento político. El principio de separación de poderes no se verá afectado siempre y cuando las decisiones sean adoptadas por órganos competentes, mediante procedimientos clara y previamente

establecidos y se garantice la imparcialidad tanto del poder legislativo como de quienes adoptan las decisiones desde el órgano constitucional o judicial del que se trate.

La Corte ha señalado que el art. 25 (numeral 1) de la Convención contempla la obligación de los Estados de garantizar, a todas las personas un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales y que dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención o en la Constitución. También ha recodado en su jurisprudencia que dicho recurso debe ser adecuado y efectivo y ha señalado, en cuanto a la efectividad, que no basta que el recurso esté previsto por la Constitución o la ley, sino que se requiere que sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Ha puntualizado, en este sentido, que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

También ha indicado la Corte que el art. 25 de la Convención (ligado con la obligación general del art. 1.1) determina la responsabilidad del Estado de diseñar y consagrar normativamente recursos eficaces, además de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades.

Por otra parte, la Corte ha expresado que la revisión judicial es "una de las formas de ofrecer garantías objetivas de independencia e imparcialidad en el marco de jurisdicciones especiales". En el Caso del Tribunal Constitucional contra Ecuador, los vocales del tribunal cesados por el Congreso no contaban con la posibilidad efectiva de presentar un recurso de amparo (previsto en la legislación ecuatoriana) por cuanto se habría dictado una resolución por parte del nuevo órgano constitucional que expresamente prohibía a los jueces conocer sobre acciones de amparo interpuestas contra la decisión de destituirlos. Además, varios jueces habrían recibido amenazas de ser sometidos a sanciones en caso de aceptar acciones de amparo interpuestas por los vocales.

Por otra parte, si bien la normativa permitía la interposición de una acción de inconstitucionalidad contra las decisiones de cese y sanción de los vocales del Tribunal Constitucional, tal acción hubiese sido conocida por los nuevos miembros del Tribunal Constitucional (quienes

reemplazaron a los cesados luego de su ilegal destitución) quienes naturalmente no ofrecían garantías de imparcialidad. En tal virtud, la Corte declaró que el Estado del Ecuador vulneró el art. 25.1 de la Convención. No existe un precedente, en la jurisprudencia de Corte, respecto a la destitución de un mandatario de elección popular mediante enjuiciamiento político, pero la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de expresarse respecto a posibles violaciones al derecho a la protección judicial en el contexto de un enjuiciamiento político a un presidente.

En el caso *Paksas vs. Lithuania* el aplicante -el expresidente Rolandas Paksas, quien fuera sometido a enjuiciamiento político por el parlamento unicameral de Lituania- alegó no haber contado con un recurso efectivo con respecto a la decisión de la Corte Constitucional de descalificarlo de presentarse como candidato a elecciones presidenciales, como consecuencia de haber sido removido del cargo por el órgano legislativo. Al respecto, la Corte Europea señaló -como ya lo había hecho en ocasiones anteriores que la ausencia de recursos contra decisiones de un tribunal constitucional normalmente no implica la violación del art. 13 de la Convención referente al derecho a la protección judicial.

Si bien no ha llegado a conocimiento del máximo órgano de control constitucional del Ecuador un caso relativo a enjuiciamiento político del presidente sí ha decidido, dicho tribunal, respecto a la constitucionalidad de una resolución legislativa que declaró el abandono del cargo del presidente. El expresidente Lucio Gutiérrez fue declarado destituido por abandono del cargo el 20 de abril de 2005. Contra dicha decisión legislativa interpuso amparo constitucional la cual llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional luego de que fuera rechazada por un juez de primera instancia.

El Tribunal reconoció su competencia para conocer y resolver sobre el fondo el recurso de amparo planteado por el expresidente destituido. Por lo tanto, reconoció, el máximo órgano de control constitucional del Ecuador, el derecho del presidente que hubiese sido destituido de su cargo, por decisión del poder legislativo, de recurrir de dicha decisión mediante la interposición de una acción de amparo. Cabe señalar, sin embargo, que cuando el presidente Lucio Gutiérrez fue destituido, la legislación interna no preveía -como sí lo hace ahora- que previo a declararse el abandono del cargo de presidenta por parte del legislativo la Corte Constitucional debe emitir un dictamen de admisibilidad.

Según los art. 25 de la Convención y XVIII de la Declaración y la jurisprudencia de la Corte, los Estados tienen la obligación de consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos, ante autoridades competentes, que amparen a todas las personas contra actos que violen sus derechos; y garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones. En su extensa jurisprudencia la Corte no ha establecido excepciones al ejercicio del derecho a la protección judicial. Por lo tanto, en opinión de la autora, también en el caso de destitución de un presidente por el poder legislativo debería el Estado garantizar, en las normas y en la práctica, recursos efectivos para determinar si la decisión afectó sus derechos.

En definitiva, el máximo mandatario de elección popular de una nación, que sea sometido a enjuiciamiento político y destitución por el Poder Legislativo, gozará, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la Convención, del derecho a recurrir de dicha decisión en vía judicial y a acceder a un recurso sencillo, rápido y efectivo para la determinación de sus derechos, siempre y cuando a la decisión política no le hubiere precedido o sucedido un dictamen por parte del máximo órgano constitucional. La decisión de proceder a un enjuiciamiento político del máximo mandatario de elección popular, así como la decisión de destituirlo deberán ser adoptadas mediante procedimientos previamente establecidos. Deberá así mismo asegurarse la imparcialidad y competencia de jueces y tribunales que emitan pronunciamiento, de manera que se garantice que la destitución no implique un riesgo al principio de separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos en una democracia.

3) ¿De qué manera aplica el principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?

Según lo dispuesto en el art. 9 de la Convención y en la jurisprudencia reiterada de la Corte, toda forma de abuso de poder se encuentra proscrita en juicios políticos iniciados por el poder legislativos contra presidentes democrática y constitucionalmente electos.

El Art. 9 de la Convención dispone:

> "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

Si bien el art. 9 de la Convención se refiere a la aplicación del principio de legalidad en procedimientos penales, la norma es aplicable a cualquier tipo de procedimiento y sanción. Al respecto, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot ha señalado que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, a veces, una naturaleza similar, ya que unas y otras implican menoscabo o privación de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. También ha señalado que las normas punitivas, deben existir antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar para así garantizar los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

Asimismo, la Corte IDH ha declarado que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de las sociedades democráticas y que dicho principio debe presidir la actuación de todos los órganos del Estado, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo. También ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era punible. Además, ha establecido que la aplicación de una sanción diferente materialmente a la prevista en la ley contraviene el principio de legalidad.

Para que un proceso de enjuiciamiento político garantice los derechos consagrados por el art. 9 de la Convención, la posibilidad de enjuiciamiento y la sanción deberán encontrarse previamente establecidos en la ley y las normas sancionadoras deberán recoger con suficiente determinación los elementos constitutivos de la infracción. En consecuencia, no sólo deberán aplicarse las garantías del debido proceso en el enjuiciamiento político, sino que, la causal de destitución deberá encontrarse claramente establecida para evitar y prevenir el riesgo de interpretaciones abusivas. En este sentido, la Corte ha considerado que el principio de legalidad implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles. Conforme ha explicado el juez Ferrer, la ambigüedad en la

formulación de los tipos genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad y las normas que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad.

El Juez Ferrer ha señalado que la institución del juicio político debe subsumirse en el art. 9 del Pacto de San José. Por ello, otorgar al Congreso un poder tan intenso y amplio, sólo puede ser compatible con el necesario equilibrio constitucional entre poderes (*checks and balances*) si se ejerce con base en determinadas causales y si los criterios de un enjuiciamiento son claros y expresos de manera que se pueda evitar una desviación de poder. Según el magistrado referido, la vinculación entre la división de poderes, la independencia judicial y el principio de legalidad resulta fundamental para la institución del juicio político a fin de garantizar una eventual sanción no arbitraria.

Por lo tanto, los presidentes democrática y constitucionalmente electos gozan del derecho a que se respete el principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención, en caso de ser sometidos a procesos de enjuiciamiento y destitución política. En virtud del principio de legalidad previsto por el art. 9 de la Convención, e interpretado por la jurisprudencia de la Corte, todo proceso de enjuiciamiento político debe iniciarse con base a normas preestablecidas que determinen la competencia del órgano legislativo para iniciar dicho procedimiento. El art. 9 de la Convención es aplicable a casos de enjuiciamientos políticos iniciados contra presidentes constitucional y democráticamente electos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte el ámbito de aplicación de toda sanción debe encontrarse delimitado de la manera más clara que sea posible, de manera previa, expresa, precisa y taxativa. En opinión de la autora, la causal de remoción del cargo por grave crisis y conmoción interna, prevista por la legislación ecuatoriana, es poco clara e imprecisa. Nos preguntamos, en particular, cómo será medido, llegado el caso, el grado de "conmoción social".

Además, el procedimiento establecido para la destitución por este motivo resulta en extremo abreviado, si se compara, por ejemplo, con el procedimiento que debe observarse para un enjuiciamiento político y otras causas de destitución. La facilidad con la que un presidente puede ser destituido por esta causal determina el riesgo de graves violaciones principio de legalidad. Podría, quien defienda dicha causal de remoción, alegar que la misma estaría justificada en caso de que la conmoción vaya acompañada de otras situaciones, como puede ser

el rompimiento de la división de poderes. Sin embargo, en esas circunstancias, lo más apropiado sería la destitución por arrogación de funciones, causal que si bien no se incluye en la lista de causas para enjuiciamiento político si contempla un procedimiento que permite al presidente ejercer su derecho a la defensa.

4) ¿Exige el principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención que existan causales previamente establecidas y claramente delimitadas para activar juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?

La sanción que se llegue a imponer a un presidente como resultado de un enjuiciamiento político debe estar prevista en una norma jurídica de carácter general, emanada de un órgano legislativos constitucionalmente establecido y democráticamente elegido, y elaborada según el procedimiento establecido por la Constitución del Estado Parte.

En su Opinión Consultiva OC/86 la Corte estableció:

> "La palabra leyes en el art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes."

Como se ha señalado previamente, el art. 9 de la Convención dispone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran sancionables según el derecho aplicable y que tampoco se puede imponer penas más graves que las aplicables en el momento de la comisión de la infracción.

En relación con esta garantía, la Corte ha señalado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era punible o perseguible. Además, la Corte ha enfatizado que corresponde a quien adopte la decisión sancionatoria, en el momento de aplicar de la ley, atenerse rigurosamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona al tipo, de forma tal que no se penalicen de actos no punibles según el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, ha señalado que la tipificación de conductas reprochadas por la sociedad implica que el ámbito de aplicación esté previamente delimitado de la manera más clara que sea posible, de manera expresa, precisa y taxativa. En similar sentido se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos respecto del derecho consagrado en el art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que corresponde al art. 9 de la Convención.

La legislación ecuatoriana y la de virtualmente todos los países democráticos del mundo prevén las causales por las cuales puede un presidente constitucionalmente electo ser destituido de su cargo sin que pueda procederse a tal enjuiciamiento sin que existan causas previamente establecidas.

Por lo tanto, el principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención exige que existan causales previamente establecidas y claramente delimitadas para activar juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos. Las normas en las cuales se prevea la destitución de presidentes constitucionalmente elegidos deberán ser emitidas en función del bien común y por un órgano legislativo competente y constitucionalmente elegido.

5) A la luz del principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención ¿de qué naturaleza deben ser las causales que fundamenten un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos? ¿Se trata de causales relacionadas con la responsabilidad política, disciplinaria o de otra naturaleza?

Las causales en que se fundamente un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos pueden ser de naturaleza disciplinaria, pero, por las implicaciones políticas que conlleva una destitución presidencial para el orden democrático y por la severidad de la sanción, deberán revestir particular gravedad.

Según jurisprudencia reiterada de la Corte, toda sanción debe guardar proporcionalidad con la conducta que se pretenda condenar. Al respecto al Corte ha señalado que tratándose de sanciones disciplinarias la

exigencia de motivación es mayor que la de cualquier acto administrativo y que, por ende, corresponde analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. Además, ha expresado que en el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta así como el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las conductas reprochadas justifican que la persona no permanezca en el cargo.

También la Constitución Ecuatoriana establece, en su art. 76 numeral 6, que la ley debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones. Las causales previstas en la Constitución para la destitución o remoción del cargo de presidente han revestido históricamente gran gravedad. También en la actualidad la Constitución prevé dicha sanción para los presidentes democráticamente electos que hubieran incurrido en las más graves conductas que atenten contra la estabilidad y orden jurídico del estado. Es así como el art. 129 de la Constitución prevé que la Asamblea podrá proceder al enjuiciamiento político del presidente en casos de: delitos contra la seguridad del Estado, delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito, y delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia. Además, en circunstancias en que un presidente es destituido por un procedimiento distinto al enjuiciamiento político, también las causales revisten particular gravedad, como son el abandono del cargo o la incapacidad mental o física.

Otras legislaciones igualmente prevén, como causales de enjuiciamiento político a presidentes, graves conductas que atenten contra el orden constitucional y que transgredan la naturaleza del cargo que ocupa el máximo mandatario. Por ejemplo, el enjuiciamiento político puede instaurarse, en Austria, Bulgaria, Croacia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Moldovia, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, y Macedonia, por rompimiento de la Constitución o por socavar el orden Constitucional. Por su parte, en Bulgaria, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Rumanía, Rusia podrá instaurarse por alta traición.

En Alemania y Hungría un enjuiciamiento político a el presidente podrá fundarse en violación de la ley. En Finlandia y Rusia el se fundará en haber cometido un delito común o grave y en Irlanda en una “conducta inmoral”. En Lituania, el presidente puede ser removida de sus funciones luego de un proceso de enjuiciamiento político por graves

violaciones a la Constitución o violación al juramento constitucional. La Constitución de los Estados Unidos, por su parte, establece que: "El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves." (Art. II, Sección 4).

En Argentina, la cámara de diputados puede acusar ante el senado a el presidente "por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes" (Art. 53, Constitución). En Chile, el presidente será destituido por mediante un procedimiento denominado acusación constitucional, "por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes".

En Hong Kong, un enjuiciamiento político puede iniciarse por violación de la ley o abandono del cargo. Sin embargo, el Consejo Legislativo no tiene el poder de remover a el presidente sino tan solo de reportar los resultados del proceso al Gobierno Central del Pueblo. En India, el presidente puede ser enjuiciada políticamente por el Parlamento y removida de su cargo por violación a la Constitución. Y en Filipinas el presidente puede ser enjuiciada políticamente por violación culpable de la Constitución y soborno.

Por lo tanto, a la luz del principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención, las causales que fundamenten un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos deben estar relacionadas con responsabilidades constitucionales y si bien pueden revestir una naturaleza disciplinaria, estarán siempre fundadas en causales previamente establecidas en la legislación. La destitución de un presidente por enjuiciamiento político estará vinculada por tanto a responsabilidades jurídicas, a diferencia de otro tipo de sanciones como podrían ser las de naturaleza política. Más allá de aquello, un presidente democráticamente elegido no podrá ser destituido con base a causales que no guarden la debida proporcionalidad con la sanción. Al tratarse del principal mandante del ejecutivo, no se esperaría que un presidente pueda ser destituido por causas que no revistan relevancia nacional.

6) ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos ser violatorio de los derechos políticos de la *persona enjuiciada* a la luz del Art. 23 de la Convención y Art. XX de la Declaración?; y ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos ser violatorio desde una *dimensión colectiva,* de los derechos políticos *de las personas que votaron por la persona enjuiciada* a la luz del Art. 23 de la Convención y Art. XX de la Declaración?

Un juicio político llevado a cabo por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos será violatorio de los derechos políticos de la persona enjuiciada y de las personas que votaron por la persona enjuiciada si el mismo se lleva a cabo con base a causales distintas a las previstas en la legislación, mediante un procedimiento *ad hoc*, o sin las mínimas garantías del debido proceso, incluyendo la garantía de ser juzgado por un órgano que goce de competencia, que la resolución se encuentre motivada, y que exista un control de la constitucionalidad de la del enjuiciamiento y de la decisión de destitución.

El Art. 23 de la Convención dispone:

> "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal."

El Art. XX de la Declaración por su parte establece:

> "Toda persona, legalmente capacitada, tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres".

Además, el Art. 30 de la Convención establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte ha señalado que los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.

Además, la Corte ha expresado que las garantías que se derivan de la forma democrática de gobierno no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad, de manera que se preserve el Estado de Derecho.

Por otra parte, la Corte señaló, en el Caso de la Corte Suprema del Ecuador, en relación con la protección otorgada por el art. 23.1.c de la Convención, que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos.

Asimismo, explicó que la igualdad de oportunidades en la estabilidad en el cargo garantiza la libertad frente a toda injerencia o presión política. También recordó que el Comité de Derechos Humanos ha considerado en casos de ceses arbitrarios, se vulnera el derecho al proceso debido recogido en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el homólogo del art. 8 de la Convención), en conjunción con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas amparado por el art. 25.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el homólogo del art. 23.1.c de la Convención).

En el caso referido (Corte Suprema del Ecuador), la Corte concluyó que el Estado vulneró el art. 23.1.c. de la Convención por cuanto los magistrados fueron destituidos mediante una resolución del Congreso Nacional, siendo que este carecía de la debida competencia para ello, además de que dicho órgano aplicó de manera errónea y arbitraria de una disposición legal y privó a los funcionarios del derecho a ser oídos.

En su Voto Concurrente a la Sentencia el Juez Ferrer expresó:

> "Cabría incluso considerar si es posible configurar una suerte de derecho de los justiciables a condiciones democráticas de las instituciones públicas, con sustento no sólo en el referido art. 3 de la Carta Democrática, sino también en el 29 de la Convención...; el cual se sostendría con las obligaciones internacionales de los Estados al ejercicio del poder de conformidad con el Estado de derecho [y] la separación de poderes ... Un criterio de este alcance iría más allá del concepto de democracia en términos interpretativos...las justas exigencias de la democracia deben [...] orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas".

Por su parte, el tratadista Alberto Ricardo Dalla Vía ha señalado que respecto a la aplicación e interpretación de los derechos políticos confluyen los principios interpretativos derivados del derecho internacional público y los principios derivados del Derecho Constitucional. Además, ha señalando que, entendiendo que no hay derechos políticos sin democracia y que no hay democracia sin derechos políticos, el principio democrático es el principio fundamental para dimensionar e interpretar el alcance de estos derechos que además deben ser operativizados por los estados, sin discriminación.

Los art. 20 de la Declaración y 23 de la Convención establecen dos dimensiones del derecho a la participación política: el derecho a elegir y el derecho ser elegido. Por ello, en situaciones de enjuiciamiento político funcionarios de elección popular, tanto los derechos de la persona elegido como los derechos de quienes la eligieron se encuentran en juego. La Ley puede reglamentar el sistema por el cual un presidente de elección popular podrá ser sometida a enjuiciamiento político.

Al igual que un proceso de designación de un presidente debe llevarse a cabo en circunstancias de igualdad, también un proceso de destitución debe garantizar la no discriminación. Dicha igualdad se garantizará si se observan estrictamente los procedimientos establecidos por la destitución, lo cuales deben encontrarse previamente establecidos en la legislación del respectivo Estado miembro. Por ello, el órgano legislativo debe gozar de competencia para iniciar el proceso de enjuiciamiento político, aplicar en estricto apego a las sanciones que correspondan un presidente democráticamente electo

y garantizar su derecho a ser oída. Solo bajo estas circunstancias se garantizarán tanto los derechos políticos de la persona enjuiciada como los derechos de quienes la eligieron mediante votación popular, en un marco de respeto a las garantías democráticas.

7) ¿Qué salvaguardas deben existir, tanto en la regulación como en la práctica, para prevenir el uso de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos como forma de golpe de Estado encubierto?

Un juicio político a un presidente podría constituir un golpe de estado encubierto en circunstancias en que no fuesen aplicadas de manera estricta normas previamente establecidas para el enjuiciamiento, en situaciones en las que no existan tales normas, o en las que no se respeten las garantías procesales y el derecho a la protección judicial previstas por la Convención. El contexto político y social en el se que da inicio y se desarrolla un proceso de enjuiciamiento político y se imponen las sanciones respectivas podría ofrecer indicios respecto a arbitrariedad o legitimidad del procedimiento y de la destitución.

La Corte ha rechazado enfáticamente la desviación o abuso de poder y ha señalado que la Convención autoriza la imposición de limitaciones a derechos y libertades únicamente si (a) se trata de una restricción expresamente autorizada por la Convención; y (b) esté dispuesta por leyes y se aplique de conformidad con ellas; y (c) los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, (obedezcan a razones de interés general), para de esta manera establecer un control por desviación de poder.

El juez Ferrer ha desarrollado conceptualmente, la noción del abuso o desviación de poder en los siguientes términos

> "La "desviación de poder"... constituirá...el ejercicio de potestades administrativas **para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico**...La desviación de poder ocurre cuando es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa"... La dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia. Fácilmente se

> comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es fácilmente presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto del señalado por la norma".

También ha explicado Ferrer que la desviación de poder es una falta que comete un funcionario público al emitir un acto "con un móvil subjetivo que desvirtúa la finalidad de interés general que tuvo el legislador al concederle potestades" y que cuando se produce, el acto administrativo tiene un fin contrario al interés general y a la perseguida por la ley, como puede ser, entre otros, un interés de beneficio personal. La desviación de poder significa la utilización de un poder excediendo los límites establecidos en la correspondiente norma. Constituye una alteración entre el fin o consecuencia de la norma y el resultado, partiendo de que en el ámbito público no se goza de autonomía para actuar, encontrándose el límite en el ejercicio de la función pública al servicio de los intereses generales.

Para valorar si nos encontramos ante una desviación de poder se deben tener presentes los principios jurídicos que han llevado al establecimiento de los fines de la norma. En todo caso, la desviación de poder no solo se puede presentar con respecto a potestades administrativas, sino que también puede ocurrir en ámbitos legislativos. Los legisladores cuentan con facultades con fines específicos que se encuentran enmarcadas en principios de los cuales podrían apartarse, incurriendo en una desviación de poder.

Por otra parte, la Corte ha señalado que la prueba directa no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia y que la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, "siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos". La prueba circunstancial puede por tanto ayudar a establecer si ha existido desviación de poder en un acto de destitución de miembros de otras funciones del estado por parte del legislativo.

En el caso de la Corte Suprema vs. Ecuador, por ejemplo, la Corte observó que los hechos del caso denotaban que en el momento en que ocurrió el cese de los magistrados, Ecuador se encontraba en una situación política de inestabilidad y que la unión del gobierno de turno con el partido político que lideraba un expresidente mostraba indicios sobre cuáles habrían podido ser los motivos o propósitos para querer separar a los magistrados de la Corte Suprema, particularmente, la existencia de un interés en anular los juicios penales impulsados por

la Corte Suprema en contra del expresidente. La Corte señaló cómo en el término de 14 días se destituyó a tres tribunales distintos (al Tribunal Electoral, al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema) y como aquello permitía concluir que en ese momento en Ecuador había un clima de inestabilidad institucional que afectaba a importantes instituciones del Estado.

También observó tanto del contexto en que se dio la destitución como de las expresiones realizadas por los diputados, era posible concluir que la resolución en virtud de la cual se acordó el cese de los magistrados fue el resultado de una alianza política, la cual tenía como fin crear una Corte afín a la mayoría política existente en dicho momento e impedir procesos penales contra el presidente en funciones. En consecuencia, concluyó que la resolución del Congreso no fue adoptada en virtud de la valoración de datos fácticos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente y que al decidir la destitución de los magistrados incurrió en abuso de poder.

En secciones anteriores se ha establecido que un enjuiciamiento político será arbitrario y violatorio tanto del art. 8 como del art. 23 de la Convención si es iniciado por un órgano incompetente, si las causales de enjuiciamiento y destitución no se encuentran previamente establecidas y guardan proporcionalidad con las conductas sancionadas, si no existe un control jurisdiccional (previo o ulterior) de las decisiones, o si el presidente no tiene oportunidad de ser oída. También se indicado cómo la Corte ha establecido que la revisión judicial "ha sido señalada como una de las formas de ofrecer garantías objetivas de independencia e imparcialidad en el marco de jurisdicciones especiales".

La decisión de enjuiciar políticamente a un presidente o de destituirla debe encontrarse libre de influencias política o partidistas, Sin embargo, el juicio político contra el máximo mandatario del Poder Ejecutivo, destinado a hacer efectivo el equilibrio de poderes previsto en las naciones democráticas podría ser utilizado por el Poder Legislativo para encubrir auténticos golpes de estado, esto es, para fines distintos a los fijados por los ordenamientos jurídicos. A fin de prevenir esta forma de desviación de poder, la figura del enjuiciamiento político, así como sus respectivas causales, deben encontrase dispuestas por las leyes y ser aplicada de conformidad con ellas. Igualmente, las causales previstas para el enjuiciamiento y destitución deben estar manifiestamente destinadas al bienestar común.

El cumplimiento de las normas procesales y sustantivas ofrecerá garantías de legitimidad y evitará a la vez que pueda ser utilizado como golpe de estado encubierto, es decir, que el órgano parlamentario incurra en un acto de abuso de poder mediante la utilización de la figura del enjuiciamiento político. Además de la existencia de reglas sustantivas y procesales, claras, previas y expresas, a fin de verificar que la decisión no se funde en intereses ajenos al fin para el que fue instituido el juicio político, es necesario que exista un adecuado control judicial o constitucional, sea de la moción de enjuiciamiento o de la decisión política por la cual fue destituido el presidente.

Dicha revisión, por parte de un tribunal permitirá verificar que el poder legislativo no exceda los límites establecidos en las normas que le confieren la facultad de enjuiciar políticamente a el presidente, que la decisión se adopte en función del interés general y sea proporcional a la conducta infractora, y que el proceso se lleve a cabo en un marco de respecto a las garantías procesales de la persona enjuiciada, para garantizar así sus derechos así como los derechos de quienes la eligieron.

Los tribunales que conozcan sobre una moción de enjuiciamiento o recurso planteado previa o ulteriormente al juicio político deberán gozar de independencia, imparcialidad y competencia y tomar en cuenta, en su resolución, el motivo o propósito de la petición de juicio o de la decisión legislativa de destitución, y garantizar que la motivación no contenga, implícita o explícitamente, un propósito distinto al de la norma que otorga al poder legislativo la facultad de enjuiciar políticamente a el presidente.

5. CONCLUSIONES

De conformidad con lo establecido por Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros tribunales internacionales, el derecho ecuatoriano y el derecho comparado, en todo enjuiciamiento político o cualquier proceso dirigido a la destitución o remoción de un presidente, deben respetarse las garantías del debido proceso y el principio de legalidad para así garantizar los derechos de la persona enjuiciada y de sus electores. Por lo tanto:

El proceso de enjuiciamiento y la decisión de destitución deberán estar fundados en causas previamente establecidas y el ámbito de

aplicación debe encontrarse delimitado de la manera clara, expresa, precisa y taxativa;

Por las implicaciones que reviste una destitución presidencial en el ámbito democrático, tanto para electores como para el mandatario y por la severidad de la sanción, las causales de remoción deberán revestir particular gravedad;

Deberá permitirse al presidente ejercer su derecho a la defensa, es decir comparecer y exponer las razones por las que considera que no merece ser destituido, así como presentar pruebas y refutar aquellas que se presenten en su contra;

La normativa interna deberá prever, con anterioridad, el procedimiento concreto al que debe someterse a el presidente enjuiciado;

El procedimiento deberá requerir la existencia de un informe previo que puede provenir del propio órgano legislativo (por ejemplo, la Comisión dentro del legislativo que goce por ley de esta facultad) que determine la admisibilidad de la petición;

Deberá existir un pronunciamiento previo o la posibilidad de un pronunciamiento ulterior, por parte de un tribunal competente e imparcial, respecto a la legalidad y constitucionalidad de la moción de enjuiciamiento o de la destitución o de ambas; y

La decisión de destitución deberá emitirse de manera motivada, con total imparcialidad, sin influencias subjetivas y de conformidad el derecho aplicable, es decir sin que exista abuso de poder.

Mediante resolución de 29 de mayo de 2018, la Corte decidió no continuar con el trámite de la solicitud de Opinión Consultiva relativa a la figura del juicio político o impeachment. Entre otros fundamentos, el Tribunal señaló que existe ya una línea jurisprudencial desarrollada por la Corte sobre juicios políticos, garantías judiciales y protección judicial y que "se encontrará en mejor posición para resolver sobre las implicaciones de estas garantías en juicios políticos" contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos "en cada caso en concreto y no de manera abstracta". Además, señaló que al abstenerse de resolver sobre la consulta formulada, "evitará un pronunciamiento prematuro sobre asuntos que podrían ser sometidos a la Corte con posterioridad".

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Avilés P. (2018). Gutiérrez Crnel. Lucio. *Enciclopedia del Ecuador.*

Barraza, J. (2012). La finalidad del acto administrativo y la desviación de poder. *Revista Ius Publicum,* Universidad Santo Tomás, v. 14, núm. 29, p. 51-52.

Dalla Vía, A. (2011). *Los Derechos Políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 7-8.

El Comercio. (2005). Quito y la Rebelión de los Forajidos. *El Comercio.*

El Telégrafo. (20 de abril de 2015). Militares pasaron de 'neutrales' a dejar solo a Lucio. *El Telégrafo.*

El Universo. (13 de octubre de 1995). Dahik huyó ayer a Costa Rica. *El Universo.*

El Universo. (29 de junio de 2017). 59 firmas opositoras piden trámite de un juicio político a Jorge Glas. *El Universo.*

El Universo. (2 de abril de 2005). Caso Dahik. *El Universo.*

El Universo. (2 de Abril de 2005). Caso Dahik. *El Universo.*

El Universo. (3 de agosto de 2017). Presidente Lenín Moreno retira de todas sus funciones a Jorge Glas. *El Universo.*

El Universo. (21 de diciembre de 2017). Corte Constitucional admite Juicio Político a Jorge Glas. *El Universo.*

El Universo. (20 de octubre de 2004). Mayoría prepara juicio contra Presidente. *El Universo.*

El Universo. (28 de Octubre de 2004). El PRE y el PRIAN ponen condiciones para juicio político a Gutiérrez. *El Universo.*

El Universo. (21 de Abril de 2005). Quito Tumbó a Lucio. *El Universo.*

El Universo. (5 de septiembre de 2016). 20 de abril del 2005: Cayó Lucio Gutiérrez; Alfredo Palacio, presidente. *El Universo.*

El Universo. (21 de abril de 2005). Quito Tumbó a Lucio. *El Universo.*

El Universo. (5 de septiembre de 2016). 20 de abril del 2005, Cayó Lucio Gutiérrez; Alfredo Palacio, presidente. *El Universo.*

El Universo. (23 de mayo de 2005). Denuncian Judicialmente por Peculado a Expresidente Gutiérrez. *El Universo.*

Tamayo G. (1995). Vicepresidente Renuncia y huye. *América Latina en Movimiento.*

Leyes

Asamblea Nacional, Resolución de 25 de agosto de 2017.

Asamblea Nacional, Resolución de 26 de diciembre de 2017.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de la Funcion Legislativa. [Ley 0 de 2009]. (27 de marzo de 2012). RO. 642 de 27 de julio de 2009.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Constitución Política de la República del Ecuador [Const.]. (1998).

Constitución Política del Ecuador [Const.]. (1979).

Corte Constitucional, Dictamen No. 001-17-DDJ-CC, supra.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2005.

Congreso Nacional del Ecuador. (5 de octubre de 1995). Acta No. 30-C

Corte Constitucional, Dictamen No. 001-17-DDJ-CC, Caso No. 001-17-DJ, 21 de diciembre de 2017, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 25 de 27 de diciembre de 2017.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69

Corte IDH, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párrs. 125 y 127.

Corte IDH, Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de Agosto de 2016, Serie C 315, párrs. 164-165.

Corte IDH, Baena Ricardo vs. Panamá, supra, párr. 126.

Corte IDH, Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador, Sentencia de 29 de Noviembre de 2016, Serie C 327, párr. 93. Corte IDH, Flor Freire vs. Ecuador, supra, párr. 168.

Corte IDH, Flor Freire vs. Ecuador, supra, párrs. 182, 184-186, 191.

Corte IDH, Valencia Hinojosa vs. Ecuador, supra, párr. 111.

Corte IDH, Corte Suprema de Justicia, Quintana Coello y Otros vs. Ecuador, Sentencia de 23 de agosto de 2013, Serie C 266, para. 158.

Corte IDH, Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, supra, para. 157 y ss.

Corte IDH, Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, supra, párrs. 159-162.

Corte IDH, Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, supra, párrs. 163-167.

Corte IDH, Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Sentencia de la Corte en el Caso Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, Serie C 266, párrs. 89, 90, 92.

Corte IDH, Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de Agosto de 2013, Serie C No. 268, para. 166.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párrs. 168-169.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párr. 170.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párrs. 171-180.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párrs. 181-183.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párrs. 183-187.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, supra, párr. 30z

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 supra, párrs. 35-37.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párr. 228.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párr. 229.

Corte IDH, Valencia Hinojosa vs. Ecuador, supra. párr. 111.

Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párr. 238.

Corte EDH, Caso Wendenburg y otros v. Alemania, No. 71630/01, ECHR 2003-II.

Corte EDH, Paksas vs. Lituania, supra, párrs. 113-115.

Corte IDH, Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Sentencia de la Corte en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador, Serie C 268, párr. 112.

Corte IDH, Voto Disidente de Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párrs. 113-116.

Corte IDH, Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Sentencia de la Corte en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador, Serie C 268, párrs. 113-117.

Corte IDH, Corte Suprema vs. Ecuador, supra. 77-78, 85, 88-93.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, Art. 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986.

Corte IDH, Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C 276, párr. 60-62.

Corte EDH, Paksas vs. Lituania, supra, párrs. 61 y 46.

Corte IDH, Flor Freire vs. Ecuador, supra, párr. 184.

Corte EDH, Paksas vs. Lituania, supra, párrs. 61 y 46.

Constitución de Chile, Art 52.

Constitución de Hong Kong, Art. 73

Constitución de Filipinas de 1987.

Informe Haití, CIDH 1990a, cap. I.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 supra, párr. 37.

Corte IDH, Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, supra, párrs. 150, 152 y 155.

Corte IDH, Voto Concurrente J. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Corte Suprema vs. Ecuador, supra, párr. 13.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987.

Corte IDH, Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 147.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, supra, párr. 18.

Corte IDH, Voto Disidente, J. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párrs. 120-121.

Corte IDH, Voto Disidente J. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párr. 122.

Corte IDH, Voto Disidente J. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Tribunal Constitucional vs. Ecuador, supra, párr. 123-125

Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de1988. Serie C No. 4, párr. 130.

Corte IDH, Corte Suprema vs. Ecuador, supra, párrs. 174-177

Corte IDH, Valencia Hinojosa vs. Ecuador, supra, párr. 111.

Montúfar, C. (2018). El Populismo Intermitente de Lucio Gutiérrez.

Resolución No. 024-99-TP, publicada en Registro Oficial Suplemento 168 de 13 de Abril de 1999, aclarada por Resolución 024-99-A-TP, publicada en Registro Oficial Suplemento 181 de 30 de Abril de 1999.

Oficio No. 152-P HCN-95 de 5 de septiembre de 1995, dirigido al Señor Economista Alberto Dahik, suscrito por el Dr. Fabián Alarcón Rivera, Presidente del Congreso Nacional.

Oficio No. 95343 DXNM dirigido al Presidente de la Comisión Especialísima del H. Congreso Nacional para el Juicio Político al Señor Vicepresidente de la República que obra del expediente del enjuiciamiento político, así como la providencia por la cual se ordena la práctica de prueba, que obra a fojas 835 del mismo expediente.

Resolución No. 024-99-TP, publicada en Registro Oficial Suplemento 168 de 13 de Abril de 1999, aclarada por Resolución 024-99-A-TP, publicada en Registro Oficial Suplemento 181 de 30 de Abril de 1999.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de Mayo de 2018: Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Adoptada en el 124º Período Ordinario de Sesiones.

Registro Oficial No. 23 de 14 de marzo de 1997.

Registro Oficial No. 7 de 1 de febrero de 2000.

Registro Oficial No. 1 de 24 de Enero de 2000.

Resolución del Tribunal Constitucional 694 de 9 de agosto de 2006, Registro Oficial 343, 28 de agosto de 2006.

***Agradecimiento:** La autora agradece a Mario Javier Benítex Gómez por su apoyo en la obtención de información sobre los juicios políticos seguidos contra presidentes y vicepresidentes en el Ecuador

Recibido: 07/08/2019

Aprobado: 11/11/2019

Cristina Ponce: Abogada Asociada Senior en Fabara & Compañía Abogados C.L.

Correo electrónico: cristina.ponce@uisek.edu.ec

Eutanasia y distanasia: dos extremos opuestos

Eutanasia and distanasia: two extreme opposites

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba
Docente titular Universidad de los Hemisferios

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 289-310, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Cuando se habla de la muerte digna existen dos extremos opuestos que conviene distinguir: la eutanasia y la distanasia. Mientras la eutanasia intenta acelerar la muerte, el encarnizamiento terapéutico se intenta retardarla o evitarla "a toda costa". Entre ambos extremos parece haber un justo medio, que se intenta definir de la manera más nítida posible en este artículo. Para hacerlo, después de una breve introducción donde se aclara el método colativo y deductivo a usar (capítulo I), el autor analiza los valores fundamentales de la ciencia y de la práctica médica (capítulo II), los cuidados debidos al paciente, donde toca el muy utilizado principio de proporcionalidad terapéutica (capítulo III); desarrollando lo anterior, distingue los medios ordinarios de subsistencia, las curas mínimas y las terapias ordinarias (o proporcionales). Con todos estos antecedentes ya se puede entrar a definir en el capítulo IV qué debe entenderse por "buen morir" y cómo son extremos irrazonables, tanto la eutanasia, como la distanasia. La conclusión principal es que resulta desproporcionado matar para calmar el dolor (la eutanasia): dar muerte a alguien es un medio desproporcionado para calmar el dolor; a la vez, la distanasia o ensañamiento terapéutico es igual de irrazonable, porque trata de mantener la vida a toda costa con medios que resultan desproporcionados. Solo hay obligación ética y jurídica de dar al paciente terminal las terapias proporcionales.

PALABRAS CLAVES: ensañamiento terapéutico, encarnizamiento, muerte digna, muerte natural, principio de proporcionalidad terapéutico.

ABSTRACT: When talking about death with dignity there are two opposite extremes that should be distinguished: euthanasia and dysthanasia. While the first one seeks to accelerate death, the second one

tries to delay or avoid it "at any cost". Between both ends there seems to be a right balance, which this article tries to define as clearly as possible. To do so, after a brief introduction where the collative and deductive methods used are presented (chapter I), the author analyzes the fundamental values of science and medical practice (chapter II), the care due to the patient, where the widely used principle of therapeutic proportionality comes in (chapter III); developing this, the distinction between ordinary means of subsistence, minimum cures and ordinary (or proportional) therapies take place (chapter IV). With all this background, the author can define what should be understood by "good death" and identify its unreasonable extremes, both euthanasia and dysthanasia. There is only an ethical and legal obligation to give a terminal patient the proportional therapies. The main conclusion is that killing a person is a disproportionate way to calm pain and dysthanasia is equally irrational.

KEY WORDS: therapeutic cruelty, fierceness, dignified death, natural death, Principle of therapeutic proportionality.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio[74] busca determinar cuáles deben ser los cuidados terapéuticos que se deben dar en la fase terminal de la vida. Ejemplos de ambas cosas tenemos muchos, aunque quizá hoy más cotidiano en muchos países es el de la eutanasia. En los países pioneros en permitirla legalmente, como Holanda y Bélgica, hoy se viven situaciones dramáticas: los pacientes suelen verse presionados a aceptarla por familiares y médicos que les dicen que vivos representan un gasto para la sociedad, y en muchos hospitales se la practica sin la voluntad —o incluso contra la voluntad— del paciente. También de la distanasia tenemos ejemplos muy elocuentes: los encontramos, por citar algunos, en los 111 días de agonía del Emperador japonés Hiro Hito, en los días finales de Franco, en el Mariscal Tito, en el Presidente estadounidense Harry Truman, y también en artistas como el pintor Salvador Salí.

El estudio confronta la eutanasia y la distanasia con los postulados del principio de proporcionalidad terapéutica. Luego de la confrontación

74 Este estudio fue expuesto en el Congreso Internacional Universitario de Bioética en la ciudad de Cuenca (Ecuador) organizado por la Universidad del Azuay en julio de 2018. Aquí hemos actualizado y ampliado lo ahí comentado.

se concluye que las medidas terapéuticas tomadas (tanto en la eutanasia como en la distanasia) resultan desproporcionadas. Entre ambos extremos existe un justo medio que ha de aplicarse a los pacientes terminales, que son los cuidados terapéuticos proporcionados. Algunos autores hoy califican al justo medio como “ortotanasia”.

La exposición de este trabajo podría llamar la atención al lector. Hemos de advertir que esta investigación parte de otra más amplia (llamada “proyecto CIN”)[75], de donde extraemos con una metodología colativa algunos resultados. El proyecto CIN utiliza la metodología de la fórmula Ser-Potencias-Fines-Valores-Principios-Normas-Relaciones[76], que analiza primero la realidad extramental para deducir de ella los fines del ser humano, lo que contribuye a esos fines (que se ve como valioso) y los principios jurídicos que se deducen de todo lo anterior; con esto se logra entender la parte deóntica y fundamental de la normativa estatal y el sentido de las relaciones jurídicas. Los resultados del proyecto CIN se escriben con la técnica legislativa (a manera de artículos de leyes), lo que presenta la ventaja de una mayor concisión y precisión.

Aquí iniciamos el estudio con una metodología más colativa, donde hilamos algunos resultados del proyecto CIN, sobre los cuales iremos haciendo consideraciones introductorias y explicativas. Esto presenta la desventaja de no poder detenerse a profundizar en cada línea escrita (la misma que ha sido mejor analizada en la primera investigación). No obstante, acudimos a esta técnica metodológica porque nos permite obtener una mejor visión de conjunto, más amplia y completa. Esta metodología nos permitirá en el capítulo final evaluar de manera deductiva la licitud ética y jurídica de la eutanasia y de la distanasia.

En cuanto a la estructura, en el capítulo II estudiaremos cuáles son los valores generales que guían la ciencia médica y los criterios de actuación en los enfermos terminales. En el capítulo III definiremos qué cuidados médicos han de darse a los pacientes para realizar esos valores, haciendo especial hincapié en el juicio de proporcionalidad de las terapias, lo cual se terminará de analizar en el capítulo IV donde distinguimos los cuidados cotidianos, mínimos, ordinarios o

75 Sobre esta investigación empezada hace dos décadas, véase el sitio web del Codex Iuris Naturalis, disponible en http://jcriofrio.wixsite.com/codex

76 También llamada fórmula Riofrío, explicada en la ponencia “La fórmula: Ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones” (2016) disponible en la web.

proporcionales debidos en justicia a todo enfermo. Con estos antecedentes ya podremos afrontar en el capítulo V el derecho al buen morir: analizaremos, entonces, si la eutanasia y la distanasia pueden considerarse "curas médicas", si son medios proporcionados para evitar el dolor o para curar, y, en definitiva, si es lícito acudir a ellas. La evaluación hecha en este último capítulo —donde está el corazón de lo aquí investigado— no se podía hacer sin tener presentes lo expuesto en los capítulos precedentes.

1. UNA CUESTIÓN DE VALORES

El derecho no está hecho para subyugar al hombre. El hombre no vive para cumplir leyes, sino que las leyes viven para servir al hombre. Detrás de cada ley debe haber un bien humano que la sociedad busca alcanzar. Por eso cabe preguntarnos desde el inicio, ¿qué busca el hombre en lo relacionado con su vida? Desde luego, salvar su vida. Es un instinto animal, es el principio de autoconservación tan hondamente arraigado en la naturaleza de todo viviente. Los seres vivientes más desarrollados incluso buscan un poco más: no solo salvar su vida, sino también tener una buena salud, e incluso vivir de la mejor manera posible[77]. Pero primero está la vida, porque sin vida no hay salud, no hay bienestar, ni posibilidad de ningún derecho o expectativa de derecho. Por eso afirmamos que los valores ejes de esta parte del derecho son, en primer lugar, la vida, y luego, la buena salud, el bienestar físico y psíquico. Siendo un poco más precisos, podemos decir:

Límite 113. La vida y la salud como valores jurídicos[78]

§1 La vida corpórea de todo ser humano es siempre un altísimo bien a proteger y promover, también las vidas que son resultado de la procreación.

77 No en vano la OMS ha entendido que la salud es un concepto que abarca el de bienestar psico-físico. En concreto, señala que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades» (preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946).

78 Los "límites" equivalen a los artículos de un código y recogen una razón jurídica que limita en cierto modo la labor del legislador. Por ejemplo, el Límite 20 de la Parte IV-C que recoge el principio pacta sunt servanda, contiene una razón que limita la actividad del legislador: ningún legislador del mundo puede disponer que todos los pactos ya no obligan. Todos los límites aquí citados corresponden a la Parte II del Codex.

§2 Una perfección primaria de la vida es una buena salud física, psíquica y espiritual que le permita al ser humano alcanzar sus fines. La perfección última del ser viviente es alcanzar sus fines.

§3 La buena salud humana es siempre un bien a proteger y promover. Esta comprende un estado de completo bienestar físico y mental, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Este estado depende de diversas causas, de índole ambiental, comportamental, genético, físico, mental, social y espiritual.

Límite 114. Derecho a la vida

§1 Todo ser humano tiene derecho a la vida.

§2 Este derecho comprende, en su orden:

(i) en primer lugar, el derecho a que se respete su subsistencia biológica. Este es el primer derecho a respetarse de todos cuantos tiene el ser humano, sin el cual ningún otro derecho existe. El irrespeto a este derecho es irrespeto a todos los derechos.

(ii) el derecho a ser socorrido en casos de urgencia médica.

(iii) el derecho a que las autoridades sancionen los atentados contra la vida.

(iv) el derecho a la salud.

Límite 115. Derecho a la salud

§1 Todo ser humano tiene el derecho a la salud.

§2 Este derecho comprende:

(i) En primer lugar, el derecho a que nadie dañe la salud adquirida.

(ii) El derecho a disponer de los medios ordinarios de supervivencia que estén al alcance.

(iii) El derecho a que las autoridades promuevan un sistema sanitario destinado a proteger la vida y la salud. Especialmente deben asegurar el acceso universal a los medios de curación mínimos.

(iii) El derecho a la prevención de las enfermedades, de las patologías y de los riesgos que puedan existir a la subsistencia o a la salud humanas.

(iv) El derecho a procurarse el mejor estado físico y mental posible.

Pero como en la práctica no existe verdadero derecho si no hay alguien responsable de respetarlo, conviene determinar quiénes son los responsables en este campo (aunque sea de modo genérico en este trabajo):

Límite 116. Responsables del deber de protección

§1 Todos tienen el deber de respetar y proteger positivamente la vida y, en segundo lugar, la salud.

§2 El primer responsable de este deber es el propio individuo.

§3 Las autoridades deben conceder la máxima protección legal, judicial, policial y política a la vida humana. El derecho penal debe tipificar como infracción grave y las autoridades deben sancionar los atentados contra el derecho a la vida. Ninguna autoridad puede conceder licencia, derecho o deber de matar al inocente.

§4 Es gravemente ilícito que las políticas públicas financien o promuevan proyectos destinados directamente a matar vidas humanas.

2. LOS CUIDADOS QUE SE DEBEN DAR AL ENFERMO

Entendido lo anterior, se entiende bien para qué existen los médicos, para qué el sistema sanitario, para qué las leyes relacionadas con la vida y la salud: para salvaguardar la vida, para procurar la mejor salud posible al ser humano.

La vida es un bien tan alto que justifica algunos sacrificios menores para salvarla: desde la toma de medicamentos amargos, hasta algunas intervenciones quirúrgicas, que incluso exijan la amputación de un miembro. La buena salud también es un valor que exige sus renuncias: por mantenerla muchos se someten a estrictas dietas, a cirugías, a cientos de horas de deporte, etc. Pero sería absurdo sacrificar lo menos por lo más: nadie que tiene un dolor en el dedo se lo amputa. Por eso, desde al menos desde hace tres milenios, los cuidados médicos pueden ser algo invasivos, en la medida del beneficio buscado. Siempre deben

evaluarse pros y contras, los beneficios, riesgos y daños esperados. Ya el Código de Hammurabi sentenciaba que «si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos» (ley 218)[79]. En aquella época tales curaciones eran tan riesgosas, que quien se aventuraba a ellas debía saber que estaba expuesto a que le corten las manos.

De forma sintética, podríamos definir el principio terapéutico de proporcionalidad de la siguiente forma:

Límite 126. Principio de proporcionalidad entre daños, riesgos y curas

§1 Para curar la salud de un enfermo no se adoptarán medidas que comporten un daño, o riesgo de daño, que sea desproporcionado frente al mal que intentan reparar.

§2 Quienes están a cargo del paciente serán responsables del resultado de la asunción de tales riesgos.

La aplicación de este principio exige que todo paciente y todo médico (el paciente primero, porque él es el primer responsable de su salud) al someterse a un tratamiento invasivo sopese muchas cosas: los beneficios esperados, las posibilidades de éxito, las probabilidades de muerte y otros riegos, las secuelas, los daños irreversibles, entre muchas otras cosas. Por eso decimos:

Límite 158. Juicio sobre la proporcionalidad de las curas o tratamientos

§1 El paciente y el médico deben evaluar la proporcionalidad de los tratamientos que pueden darse a la enfermedad, atendiendo a los pros y contras de cada tratamiento.

§2 Dentro de los pros se analizará:

(i) el objetivo del tratamiento, el valor de lo que se pretende curar, y la posibilidad de disminuir dolores posteriores.

79 A la par, la ley 215 señalaba que «Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y curó al hombre, o si le operó una catarata en el ojo y lo curó, recibirá diez siclos de plata».

(ii) la cantidad y calidad de vida que el tratamiento brindará.

(iii) el conocimiento que se tiene del tratamiento, las esperanzas de éxito y la práctica de los médicos que lo brindarán.

(iv) la inexistencia de tratamientos sustitutivos menos lesivos.

(v) el bajo coste económico del tratamiento.

(vi) la anuencia y tolerancia del paciente al tratamiento. Para definirlo se mirará al menos: a) el grado que esté dispuesto a tolerar los medios técnicos; b) los valores que posea el enfermo; c) el impacto emotivo que el tratamiento pueda desencadenar; y, d) el valor que el paciente atribuya al beneficio esperado.

§3 Dentro de los contras se analizará:

(i) los efectos secundarios, efectos no queridos y dolores que podría generar el tratamiento.

(ii) cuánto acorta la vida el tratamiento.

(iii) el desconocimiento del tratamiento, los riesgos que presenta, las estadísticas de fracaso y la falta de práctica de los médicos que lo brindarán.

(iv) la existencia de tratamientos sustitutivos menos lesivos.

(v) el oneroso coste económico del tratamiento.

(vi) la falta de anuencia o la intolerancia física, psíquica o espiritual del paciente al tratamiento.

§4 Este juicio se hará antes del tratamiento y durante el tratamiento, a fin de ajustar aquellas desproporcionalidades inesperadas.

En general las personas dedicadas a la ética médica y al derecho de la salud aceptan que debe existir una proporción entre curas, riesgos y daños. Donde hay disputas es en cuál pueda ser el alcance del principio. ¿Qué tan proporcionada es la medida de prescribir unas pastillas que acortan la vida para calmar las dolencias del enfermo?

La Congregación para la Doctrina de la Fe[80] ha afirmado que sí es lícito hacerlo, mientras se cumplan algunas condiciones[81]. Otra pregunta: ¿sería acaso lícito no darle medicinas a un enfermo y dejar que muera, simplemente porque las medicinas son costosas o porque entrañan un dolor más o menos agudo al paciente? Para contestar a esta y a otras preguntas, debemos distinguir tres tipos de medios: los cotidianos, los ordinarios y los extraordinarios.

3. MEDIOS COTIDIANOS, CURAS MÍNIMAS, ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

Desde luego, si las curas que requiere el paciente fueren sencillas y ordinarias (como por ejemplo, dar un vaso de agua) o las medicinas para salvar la vida fueran baratas y accesibles, parecería una atrocidad no proporcionarlas y dejar que muera. Por eso llama tanto la atención casos como el de Luana, una paciente en estado vegetativo a la que "se la dejó morir" simplemente por inanición. En un gesto de apoyo a esa vida Ferrara, un político italiano, dejó una botella de agua en la plaza de Milán, señalando que si a ella le privaban el líquido vital, él se lo daría. Pronto la plaza se llenó de botellas de agua en señal de apoyo.

Dar de comer y permitir respirar no parecen ni siquiera una "cura médica". Son lo mínimo que cualquier persona puede pedir cada día. Sobre estos medios cotidianos de supervivencia en realidad no haría falta hacer ningún juicio de proporcionalidad terapéutica, pues siempre son debidos. Precisando esto un poco más, decimos:

80 Uno de los mayores referentes en cuestiones de bioética hoy en día, tanto para católicos, como para los que no lo son, es la Congregación para la Doctrina de la Fe. A esta institución personas de todo el mundo presentan sus consultas, que suele tardar mucho en responder; solo lo hace cuando adquiere una gran convicción de que lo que responderá está justificado. El proceso de estudio de las cuestiones éticas incluye la consulta a moralistas especializados, tanto católicos como no católicos, o incluso ateos.

81 En concreto, en la Declaración Iura et bona (5-V-1980), n° III, la Congregación ha mencionado que «los analgésicos que producen la pérdida de la conciencia en los enfermos, merecen en cambio una consideración particular. Es sumamente importante, en efecto, que los hombres no sólo puedan satisfacer sus deberes morales y sus obligaciones familiares, sino también y sobre todo que puedan prepararse con plena conciencia al encuentro con Cristo. Por esto, Pío XII advierte que "no es lícito privar al moribundo de la conciencia propia sin grave motivo».

Límite 129. Principio de exigibilidad de los medios ordinarios

§1 Siempre subsiste la obligación grave de procurar los medios ordinarios de supervivencia que la persona puede recibir. Esta obligación es más intensa:

(i) En los familiares más cercanos.

(ii) En los médicos obligados a cuidar de la vida del paciente.

(iii) Para la autoridad pública y para quienes poseen más más medios.

(iv) Cuando el necesitado tiene una vida precaria, sobre todo si es enfermo terminal.

§2 Normalmente son medios de supervivencia la hidratación, la nutrición (incluso la suministrada por vía parenteral), la respiración (incluso auxiliada por medios ordinarios), el cobijo contra la intemperie, la higiene y el descanso.

§3 Quien conscientemente impide los medios de supervivencia es reo de asesinato.

Distinto es el caso de verdaderas "curas médicas", de los fármacos o procedimientos quirúrgicos que un paciente necesita para "curarse" de una enfermedad. Al respecto podríamos decir que existen los siguientes tipos de curas o terapias:

Límite 159. Curas mínimas y curas ordinarias (o proporcionales)

§1 El médico tiene el deber de dar y el paciente el derecho de recibir el tratamiento terapéutico ordinario y los cuidados paliativos que resulten accesibles.

§2 Son curas mínimas aquellas que tienden a asegurar a un organismo vivo los elementos esenciales para mantener la vida hasta el punto de que su simple supresión es suficiente para causar la muerte incluso de un sujeto sano, o afectado por una enfermedad no mortal.

§3 Son curas ordinarias o proporcionales aquellas que superan el juicio de proporcionalidad, antes descrito.

§4 Normalmente son curas mínimas y ordinarias: la fleboclisis, transfusiones de sangre, inyecciones, la limpieza de las úlceras por decúbito, entre otras.

§5 Impedir estas curas es un acto de eutanasia. Su suspensión ha de considerarse como eutanasia pasiva.

Límite 160. Curas extraordinarias o desproporcionadas

§1 En ausencia de otros remedios, es lícito recurrir, con el consentimiento del enfermo, a los medios de que dispone la medicina más avanzada, aun si están en fase experimental y no exentos de algunos riesgos.

§2 Siempre es lícito interrumpir la aplicación de estos medios, cuando de ellos no resulta una mejoría significativa y proporcionada, o cuando imponen al paciente sufrimientos y molestias mayores que los eventuales beneficios.

§3 Nadie puede obligar a adoptar curas extraordinarias o desproporcionadas. Su rechazo nunca se considerará un acto de suicidio o eutanasia.

§4 Son curas extraordinarias o desproporcionadas:

(i) aquellas que nadie esperara ningún tipo de beneficio para el paciente;

(ii) las que muestran demasiados riesgos o peligros, aunque se usen comúnmente.

(iii) las que resultan demasiado onerosas al paciente, a juicio del paciente.

(iv) las sumamente costosas.

(v) las curas ordinarias que resultan inaccesibles en un contexto circunstancial de gran escasez, pobreza o inocente ignorancia.

4. EL DERECHO AL BUEN MORIR

Mucho se habla hoy del “derecho a morir” (entendido como derecho a decidir cuándo se muere), sin cuestionarse sobre las implicaciones que esto trae. Hoy repugna que quien tiene mucho dinero lo desperdicie por placer, lo malgaste, o, como se suele ejemplificar, lo eche a la

chimenea para calentar el ambiente. También hoy repugna que otros bienes "se dejen morir", como la vida de los animales y de las diversas especies. Este mismo razonamiento debería servir para justificar la custodia de bienes de mucha mayor valía, como lo son la vida humana. En realidad nadie tiene un "derecho a quemar billetes", ni un "derecho a matar animales", ni menos un derecho a "extinguir especies". Solo se podría arrojar el oro al mar si el barco se está hundiendo, o matar un animal para dar de comer y salvar la vida. No existe ningún derecho directo a eliminar bienes o vidas, sin una razón de peso (en la cual al efecto querido sea de valor mayor —o al menos equivalente— al efecto no deseado)[82]. Cuando de muerte se trata, en propiedad deberíamos decir lo siguiente:

Límite 174. Derecho al buen morir

§1 El derecho a la vida se concreta en el enfermo terminal como derecho a finalizar bien la vida.

§2 Este derecho comprende:

(i) El derecho en todo momento a los medios cotidianos de subsistencia, así como a los cuidados ordinarios y proporcionales.

(ii) El derecho a conocer de la inminencia de la muerte, el derecho a prepararse, a afrontarla y a aceptarla. Las mentiras o retrasos de información en este tema son especialmente graves. Es una falta grave del médico mentir, o no informarle en tiempo oportuno al paciente y a su familia, sobre la gravedad de la situación.

(iii) El derecho a morir dignamente como persona. En la medida de lo posible se ha de procurar que siga consciente, siga siendo agente en las decisiones sobre su enfermedad, mantenga la autonomía y autocontrol de la persona, tenga las actividades e interrelaciones personales que le sean posible.

(iv) El derecho a morir con la dignidad del ser humano. Se procurará protegerlo ante la pérdida de la imagen corporal. Ante la inminencia

82 Además hay otros requisitos para aplicar esta doctrina bioética del doble efecto. Por razones de espacio no podemos hacerlo aquí. Para un ahondamiento en el tema, cfr. Pardo, 2004, p. 70; Sgreccia, 1989, p. 129; y especialmente Polaino-Lorente, 1994, pp. 51-55.

de una muerte irremediable, lo más humano es dejar que la naturaleza continúe su curso.

(v) El derecho a morir con la mayor paz y serenidad corporal, psíquica y espiritual posible. Ante su pedido o insinuación, se le procurará la asistencia en estos campos. En la medida de lo posible, y respetando siempre la voluntad del paciente, se procurará que pase sus últimos días en su hogar.

(vi) El derecho familiar del respeto del cadáver, de su entierro y sepultura.

§3 Violan el derecho al buen morir tanto la eutanasia, como la distanasia.

La eutanasia no ayuda a "morir bien". Ella busca matar a una persona con el objetivo (en el mejor de los casos) de que "no sufra ya más"[83]. Pero este argumento es terriblemente irrazonable. Como dice Carlos Simón Vázquez, «Es evidente que la eliminación de la vida es un medio desproporcionado para tratar el dolor, cualquier otra dolencia o minusvalía» (Simón, 2006, p. 336). Es como quien se corta el dedo para dejar de sentir el dolor de un uñero. El mero dolor no justifica la amputación de miembros, ni el envenenamiento de nadie, ni un disparo en la cabeza, ni nada que quite la vida, menos cuando existen medicinas para calmar ese dolor. En las últimas décadas se ha avanzado de forma increíble en el desarrollo de los analgésicos y de la medicina paliativa, y hoy más que nunca podemos decir que la eutanasia no es una medida proporcionada para calmar el dolor.

Matar a alguien no representa ningún tipo de "cura", ni "terapia" contra la enfermedad. Quien mata más bien ayuda a la enfermedad a acabar con el individuo. Ningún médico tiene por oficio el de matar, sino —todo lo contrario— es responsable de poner los medios para curar las enfermedades del paciente; y esta responsabilidad resulta mucho más intensa en los casos de urgencia médica (aquellos en los que pende de un hilo la vida del paciente). No en vano Hipócrates prohibía a los médicos "dar un remedio de muerte".

83 Digo en el mejor de los casos, porque la cultura de la muerte ha ido agregando otros fines: que no sufra en el futuro (eutanasia de niños con problemas serios, pero que actualmente no sufren), que no se desmejore la economía sanitaria (eutanasia realizada en los hospitales públicos a los enfermos terminales más costosos), evitar la probabilidad de sufrimiento (eutanasia en los enfermos en vida vegetativa que no se sabe si sufren), etc.

Por lo dicho, de manera sintética y técnica cabe afirmar lo siguiente:

Límite 178. De la eutanasia

§1 La eliminación deliberada de una vida humana es siempre un medio absolutamente desproporcionado para tratar el dolor, deficiencia física o mental, o cualquier defecto intelectual, social o económico.

§2 Por tanto, son gravemente ilícitos:

(i) Cualquier acción u omisión que en su naturaleza o intenciones procura la muerte de los hombres con el fin de eliminar cualquier tipo de dolor.

(ii) Invitar, sugerir o presionar a una persona para que opte por la eutanasia.

(iii) Más grave es practicarla sin deseo expreso del paciente, o, peor aún, contra su voluntad.

§3 La autoridad debe castigar como incitadores a quienes incitan a la eutanasia o difunden la cultura de la muerte; como tentadores a quienes la plantean a un individuo, incitan a cometerla o presionan para que se ejecute; y como homicidas a quienes la practican.

Límite 179. Clases de eutanasia y su gravedad

§1 La eutanasia puede ser:

(i) Activa o pasiva, dependiendo de si la muerte es causada por una acción deliberada de matar o por una omisión deliberada de los cuidados debidos y necesarios para la curación o supervivencia.

(ii) Directa o indirecta, dependiendo de si la acción u omisión tienen por fin la muerte, o si esta llega por un acto que buscaba mitigar el dolor, pero que se sabía que causaría pronto la muerte.

(iii) Voluntaria o involuntaria, dependiendo de si la víctima la ha solicitado o no.

(iv) Perinatal, eugenésica, agónica, psíquica, económica o social según se aplique la muerte a recién nacidos deformes o deficientes, como medio para purificar la raza, a enfermos terminales, a afectados de lesiones

cerebrales irreversibles, de ancianos u otras personas tenidas por socialmente improductivas o gravosas, con el fin de liberar a la persona, a la familia o a la sociedad de estos individuos.

§2 A priori, son más graves:

(i) Las eutanasias pasivas, que las activas.

(ii) Las eutanasias involuntarias o, peor, las que contrarían la voluntad de la víctima.

(iii) Las eutanasias perpetradas de forma directa, frente a las indirectas.

(iv) Las eutanasias realizadas sobre víctimas que no sufren dolores.

(v) Las eutanasias que hacen sufrir más a la víctima.

(vi) La eutanasia realizada por el personal sanitario, cuya profesión tiene por fin salvar la vida.

(vii) La eutanasia promovida o realizada por quienes deben querer más a la víctima.

§3 Son atenuantes de este delito:

(i) la grave aflicción y desconcierto de los familiares.

(ii) la presión de terceros.

Frente al extremo de la eutanasia, que anticipa el momento de la muerte bajo una supuesta razón benevolente, está el extremo opuesto de la distanasia, que busca alargar indebidamente la vida humana a cualquier costo. En el peor de los casos, los médicos de manera injustificada[84] mantienen funcionando algunos órganos vitales de manera artificial (corazón, pulmones, etc.) cuando ya técnicamente ha muerto (es decir, cuando se ha constatado la muerte cerebral). Pero

84 De manera excepcional se podría justificar este procedimiento, por ejemplo, para mantener en buen estado los órganos del difunto que se trasplantarán a otro paciente a quien le urjan. Pero en este caso habrá el deber de ser claros con los familiares y de certificar de la debida manera la muerte del paciente (usualmente con el certificado de encefalograma plano).

también constituye encarnizamiento terapéutico la imposición de los familiares, del médico o de las autoridades de acudir a medios desproporcionados para salvar la vida del paciente terminal. Todo paciente mantiene siempre el derecho de rechazar aquellas terapias demasiado invasivas u onerosas[85] que tengan por fin alargar un poco la vida[86]. Lo dicho se resume en esto:

Límite 175. Prohibición del encarnizamiento terapéutico (o distanasia)

§1 El derecho considera que es una agresión injustificada, y prohíbe, lo siguiente:

(i) realizar todo tratamiento extraordinario o desproporcionado, del que nadie puede esperar ningún tipo de beneficio para el paciente.

(ii) prolongar la vida puramente aparente y totalmente artificial, después de que las funciones cerebrales principales hayan cesado irreversiblemente.

(iii) utilizar medios extraordinarios o desproporcionados que el paciente ha renunciado.

(iv) prolongar la vida del paciente terminal con tratamientos extraordinarios que no son suficientemente proporcionados a los efectos previstos.

§2 El paciente tendrá siempre el derecho de rechazar este tipo de tratamientos, así como de renunciar a unos tratamientos que procurarían sólo una prolongación precaria y penosa de la vida.

---

85 Onerosas en sentido amplio, incluida la intensidad del dolor y el tema económico. Una terapia puede ser desproporcionadamente onerosa tanto por los dolores, riesgos y secuelas que puede causar al paciente, como porque acudir a ella implique que la familia venda todos cuantos bienes posea.

86 Como dice Pardo (2004, pp. 142-143), «la muerte es un hecho inevitable de la vida humana. Ante la inminencia de una muerte irremediable, lo más humano es dejar que la naturaleza continúe su curso. Todo hombre tiene el derecho a morir en paz. Por tanto, es lícito tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían sólo una prolongación precaria y penosa de la vida. Tal renuncia manifiesta la aceptación de la condición humana frente a la muerte».

La gran mayoría de médicos y asociaciones profesionales están de acuerdo en que la ética médica prohíbe la distanasia (también llamada "ensañamiento" o "encarnizamiento terapéutico")[87]. El problema hoy más bien se corre hacia el extremo de la eutanasia: no faltan casos en los que, so capa de no perpetrar ningún ensañamiento, se termina negando al paciente las terapias ordinarias a las que tiene derecho (o se le aconseja renunciar a ellas) para ocasionar su muerte. Desde luego, el auténtico encarnizamiento terapéutico debe siempre ser condenado desde el punto de vista ético, pero hemos de insistir en que solo hay encarnizamiento cuando se cumplen las condiciones antes expuestas (cuando se imponen medios desproporcionados, se realizan terapias sin esperanza de éxito, etc.).

Hoy en día los autores hablan de *ortotanasia* que consiste en procurar «todas las medidas encaminadas a mejorar la calidad de vida de los enfermos a quienes se pronostica la muerte a corto plazo, se evita el encarnizamiento terapéutico al retirar todas las medidas desproporcionadas que en nada benefician al enfermo, se continúa con las medidas proporcionadas que disminuyen o suprimen el dolor y otras molestias, se procura que el paciente esté cómodo, movilizándolo, alimentándolo, realizando el aseo y las curaciones que sean necesarias, se administran sedantes y analgésicos con la frecuencia y a la dosis que se requiera, pero lo más importante es la comunicación y el diálogo del enfermo con su médico, sus familiares, amigos y en su caso con el ministro de su religión, quienes proporcionan apoyo psíquico y moral» (Gutiérrez-Samperio, 2001, p. 273)[88].

Las personas de conciencia más fina que desconocen la doctrina de la proporcionalidad de los tratamientos terapéuticos, suelen sufrir con el tema de la eutanasia. Es el caso de padres que tienen un hijo enfermo que requiere para vivir estar conectado continuamente a máquinas invasivas, a un costo que la familia no puede pagar sino vendiendo todo su patrimonio; en esas circunstancias se cuestionan si no venderlo implica un acto de eutanasia. Habría que explicarles que

87 Solo por poner un ejemplo, de manera concisa y tajante la *Declaración en torno a la fase terminal de la enfermedad* de la Asociación Médica Mundial, condena «todo tratamiento extraordinario, del que nadie puede esperar ningún tipo de beneficio para el paciente».

88 Al respecto, cfr. Di Caprio & Di Palma, 1999, pp. 383 y ss.; Dans & Kerr, 1979, pp. 228 y ss.

la bioética y el bioderecho[89] solo exige acudir a los medios proporcionales, aunque no impide acudir —de forma heroica— a ciertos medios extraordinarios[90]. Por un lado, debería escucharse al hijo quien debe manifestar si desea continuar con esos tratamientos tan invasivos y, por otro, los padres también podrían decidir lícitamente no vender el patrimonio familiar, por ser una medida sumamente onerosa[91]. En ambos casos no estaríamos ante ninguna eutanasia, mientras se sigan administrando las curas mínimas y ordinarias para vivir.

Esto último es importante de precisar. La prohibición del encarnizamiento no implica el deber de suspender toda intervención, «sino sólo aquellas terapias intensivas que roban al enfermo la necesaria tranquilidad, lo aíslan de cualquier contacto humano con familiares y amigos, y acaban por impedirle que se prepare interiormente a morir en un clima y en un contexto verdaderamente humanos: cosa que, a estas alturas, es verdaderamente lo único importante para él. De ahí que, más que hablar de suspensión, deba hablarse de reducción o limitación de la terapia» (Polaino-Lorente, 1994, p. 433).

5. CONCLUSIONES

Los valores primarios que deben sopesarse en el estudio de la eutanasia, distanasia y en la buena muerte son: en primer lugar, el valor de la vida humana, y luego, el de la salud psico-física. En estos valores ha de fundarse el legislador para sancionar las leyes sobre la materia. Por

---

89 Sobre la relación bioética y bioderecho (o sus análogos, "biojurisprudencia", "biolaw", etc.), cfr. Schaefer, 2017, 282 y ss.; Morelli, 2010; Aparisi, 2007, 63-84; Romeo, 2017. En general, los autores aceptan un papel directivo, programático o evaluador de la bioética, que pesa y mide el bioderecho. En todo caso, también hay coincidencia de principios, como el principio de proporcionalidad y de los medios ordinarios que rige tanto para la bioética, como para el derecho aplicado a estas cuestiones.

90 Como dice la *Evangelium Vitae*, n° 65: "ciertamente existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar según las situaciones concretas; es decir, hay que examinar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejoría. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte».

91 Desde luego el hijo podría hacer un acto heroico aceptando tales sufrimientos extremos no exigidos por la ética, y también los padres podrían vender el patrimonio familiar de manera heroica. Pero tales heroicidades no las exige la ética, aunque las permite.

tanto, no podría desconocer el derecho a la vida y a la salud de todo ser humano. Para curar la salud de un enfermo no se pueden adoptar lícitamente medidas que comporten un daño, o riesgo de daño, que sea desproporcionado frente al mal que intentan reparar. Ante la posibilidad de una intervención o de cualquier terapia, el paciente y el médico deben evaluar la proporcionalidad de los tratamientos que pueden darse a la enfermedad, mediante un juicio que sopese los pros y contras del tratamiento.

Siempre es obligatorio proporcionar a toda persona (enferma o sana) los medios necesarios para subsistir (v. gr. agua, alimentos, respiración). Estos medios no pueden calificarse propiamente de "terapias", "curas" o "cuidados médicos". Privar de estos bienes, tanto al enfermo como al sano, es un acto de asesinato. El médico siempre tiene el deber ético y jurídico de proporcionar los cuidados mínimos a sus pacientes. Son curas mínimas aquellas que tienden a asegurar a un organismo vivo los elementos esenciales para mantener la vida hasta el punto de que su simple supresión es suficiente para causar la muerte incluso de un sujeto sano, o afectado por una enfermedad no mortal.

Además hay el deber de recurrir a las curas ordinarias o proporcionales (es decir, aquellas que superan el juicio de proporcionalidad). Normalmente son curas mínimas y ordinarias: la fleboclisis, transfusiones de sangre, inyecciones, la limpieza de las úlceras por decúbito. Más que un derecho a decidir cuándo morir (o cuándo otra persona debe morir), lo que hay es un derecho a morir bien. Este derecho comprende el derecho a que nadie adelante la hora justa de la muerte, a que no se intente retrasarla de manera onerosa para el paciente y sus familiares.

Conviene aplicar el razonamiento de la proporcionalidad al campo de la eutanasia. La eliminación deliberada de una vida humana es siempre un medio absolutamente desproporcionado para tratar el dolor, deficiencia física o mental, o cualquier defecto intelectual, social o económico. El dolor se debe enfrentar con analgésicos y, en los enfermos terminales, con la medicina paliativa. El derecho y la ética médica prohíben el encarnizamiento terapéutico. En concreto, transgreden la dignidad humana: (i) los tratamientos desproporcionados, de los que nadie puede esperar ningún tipo de beneficio para el paciente; (ii) la prolongación injustificada de la vida puramente aparente y totalmente artificial, después de que las funciones cerebrales principales hayan cesado irreversiblemente; (iii) el uso de medios desproporcionados a los que el paciente ha renunciado; y, (iv) la prolongación de la vida del

paciente terminal con tratamientos extraordinarios que no son suficientemente proporcionados a los efectos previstos. Ante la inminencia de la muerte, lo justo y ético es adoptar los medios terapéuticos proporcionales (también llamados curas ordinarias). En todo caso, si el paciente lo desea y se cumplieren algunas condiciones, cabe proporcionar al paciente ciertos tratamientos extraordinarios.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aparisi Miralles, Ángela (2007). Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho). Anuario de filosofía del derecho, 24: 63-84.

Asociación Médica Mundial (1983). Declaración en torno a la fase terminal de la enfermedad. Redactada en la 35ª Asamblea. Oslo.

Código de Hammurabi (1982). Traducción de F. Lara. Madrid: Editora Nacional.

Congregación para la Doctrina de la Fe (5-V-1980). Declaración Iura et bona sobre la eutanasia (5-V-1980). Ciudad Estado del Vaticano: Editrice Vaticana.

Dans, E.P. & Kerr, R.M. (1979). Gerontology and Geriatrics in medical education. The New England Journal of Medicine, 300: 228 y ss.

Di Caprio L. & Di Palma, A. (1999). La medicina y la muerte. Medicina y Ética, 10: 383 y ss.

Espejo, María Dolores, Vega, Javier & Simón, Carlos (2006). Voz «Eutanasia». En C. Simón Vega (ed.), Diccionario de bioética. Burgos: Monte Carmelo.

Gutiérrez-Samperio, César (2001). La bioética ante la muerte. Gaceta Médica de México, 137(3): 269-274.

Juan Pablo II (25-III-1995). Encíclica Evangelium Vitae. Ciudad Estado del Vaticano: Editrice Vaticana.

Morelli, Mariano (2010). El concepto del bioderecho y los derechos humanos. Vida y Ética, 11(1). En http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/concepto-bioderecho-derechoshumanos.pdf (último acceso 22-IX-2019).

Organización Mundial de la Salud (22-VII-1946). Constitución de la OMS. Conferencia Sanitaria Internacional (tomada de Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100).

Pardo Sáenz, José María (2004). Bioética práctica al alcance de todos. Madrid: Rialp.

Polaino-Lorente, Aquilino (1994). Manual de bioética general. Madrid: Rialp.

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos (2018). Codex Iuris Naturalis. Quito: pro manuscrito. Disponible en http://jcriofrio.wixsite.com/codex (recuperado el 27-VIII-2018).

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos (2-X-2016). La fórmula: Ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones. XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina (Buenos Aires). Disponible en http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/formula-ser-potencias-fines-riofrio.pdf (recuperado el 27-VIII-2018).

Romeo Casabona, Carlos M. (2017). El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común. Revista Iberoamericana de Bioética, 3: 2-16.

Schaefer Rivabem, Fernanda (2017). Bioderecho: ¿una disciplina autónoma? Revista de bioética, 25(2): 282-289.

Sgreccia, Elio (1989). Manuale di bioetica. Milán: Vita e Pensiero.

Recibido: 18/07/2019

Aprobado: 12/11/2019

Juan Carlos Riofrío: Docente titular Universidad de los Hemisferios

Correo electrónico: juancarlos@uhemisferios.edu.ec

El dominio de las noticias falsas: ¿normar o educar?

The domain of fake news: regulation or education?

Mgr. Magda Lorena Giler Mendoza
Investigadora independiente

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 311-319, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El creciente temor en las redes sociales oscila entre lo real o falso, el creer o no, lo dimensionado o eximido. Estamos experimentando una paranoia virtual en donde asumimos los extremos por no entender lo que recibimos. Este es el caos ocasionado por las conocidas *fake news* (noticias falsas). Hace unos meses atrás se podía percibir su venida como una ola en tempestad, pero no se alcanzaba a comprender esta realidad como un fenómeno de masas. Se podría pensar que todo lo que atenta el equilibrio social requiere del derecho para restablecer la armonía de sus bases. Los diversos planos han demostrado que suele funcionar así; pero, ¿la receta es aplicable en el contexto digital si vulnerar principios como el de libre acceso a la información? El panorama puede sonar desalentador cuando las *fake news* atacan a los diferentes espacios virtuales, aprovechando la ingenuidad del usuario quien se convierte en multiplicador desinformante a través de sus redes sociales. En este caos de desinformación y pérdida de credibilidad en los mensajes, el poder radica en el usuario..

PALABRAS CLAVES: internet, noticias falsas, regulación, usuario, redes sociales.

ABSTRACT: The growing fear in the internet networks swings between the real or false, believing or not, the dimensioned or exempted. We are experiencing a virtual paranoia where we assume the extremes for not understanding what we receive. This is the chaos caused by the famous fake news. A few months ago, you could perceive its coming as a storm but you could not understand this reality as a mass phenomenon. It is said that everything that threatens social

equilibrium requires the right to restore the harmony of its bases. The various planes have shown that it usually works like this; but, is the recipe applicable in the digital context without violating principles such as free access to information? The panorama may sound daunting when fake news attacks different virtual spaces, taking advantage of the ingenuity of the user who becomes a misinformative multiplier through their social networks. In this chaos of misinformation and loss of credibility in the messages, the power lies in the user.

KEY WORDS: : internet, fake news, regulation, Username, social networks.

INTRODUCCIÓN

La intensificación de la globalización trajo el vertiginoso andar de las nuevas tecnologías y con él esa red llamada internet. Desconocida en un inicio.

Esta nueva globalización de internet tenía el reto de superar las barreras de la distancia y el tiempo dentro de los procesos de interacción y conexión de los mercados internacionales. Para Latinoamérica y específicamente Ecuador la inserción de dichos peldaños tecnológicos resulta más lento. La primera empresa en proveer el servicio de valor agregado se registra en 1991; pero, es hasta 1995 que se identifica la recurrencia de búsqueda de información en web y el primer intento de medio digital. A partir de este momento vimos un crecimiento exponencial de internet y sus múltiples servicios.

La población empezó a entender, confiar y navegar en las bondades ofrecidas por internet y sus características de uso facilitaron el acceso hacia nuevas iniciativas en la red además de los buscadores, tales como: correo, blogs, redes sociales, podcast, etc.

Si los motores de búsqueda revolucionaron el acceso a la información y mejoraron los tiempos de conexión, las redes sociales llegaron a modificar los mecanismos de acceso a la información impactando los procesos sociales y los sistemas democráticos.

Aquí estamos en el boom de las redes pasando del 2.0 al 3.0 y 4.0; insertándonos cada día más en el mundo virtual, dinamizando el comercio, facilitando las gestiones. Ahora lo podemos hacer todo, o casi todo, a

través del internet. Los recursos electrónicos han logrado superar el interés de comercialización y llegan hasta el fin de persuadir los sistemas de creencias. La narrativa digital se modifica de manera más agresiva y se transmuta hacia un juego político en donde el individuo es el propósito. El juego de la democracia actual se centra en uso de las redes sociales, cómo se difunde la información y de qué manera logra modificar comportamientos y actitudes que marquen tendencias en la toma de decisiones. La pregunta emerge desde un universo de información: ¿Qué creer? ¿Cuándo creer? ¿A quién creer? ¿Es *fake news?*

1. EL DOMINIO DE LAS *FAKE NEWS*: ¿NORMAR O EDUCAR?

1.1. Apareció el internet

Apareció el internet y... ¿ahora qué? En 1995 los servidores de las organizaciones públicas y privadas de telecomunicaciones estaban poco o nada vinculadas al misterio internet, al punto de hablar de ello, persuadir sobre ello pero no comprender sobre "eso" de lo que en el mundo se hablaba como la gran revolución en las tecnologías de información y comunicación (Tic).

Describir a internet en aquellos días era como tratar de descifrar la serie de emociones que el amor despierta en el individuo. Simplemente era un no sé qué, que sirve para no sé qué y que me brinda un beneficio de no sé qué. Un ejecutivo de aquella empresa pionera como proveedora de servicio de valor agregado comentaba en esos años a un empleado de telecomunicaciones las maravillas en acceso a información, interacciones comerciales y relaciones internas *networking* que el internet había alcanzado en otros países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y otros en el espacio europeo. Sonaba curioso, pero aún incomprensible. Dicho empleado fue sancionado en su institución de telecomunicaciones por haber creado bajo su perfil un buzón en hotmail. La paradoja era clara: en casa de herrero...

Bastaron dos años más para que aquella misteriosa red empezara a posicionarse entre los curiosos usuarios ecuatorianos que, aún sin entender su utilidad, adquirían cada vez más un acceso en el ciberespacio y aprendían en la pisada a caminar virtualmente.

Somos un país en vías de desarrollo no industrializado; no obstante, somos una sociedad curiosa y consumidora por excelencia. Esto se evidenció en el crecimiento acelerado de abonados y la multiplicidad de usuarios de internet. Las bondades de esta red hicieron eco en los cibernautas que a través del acceso a la información indagaron y comprendieron cada vez mejor los nuevos servicios a través de las redes sociales, los blogs, apps, etc. Enorme conexión dio frutos. Latinoamérica con una proyección a 2019 de alrededor de 600 millones de habitantes se presenta como la región con más acceso a internet. Actualmente más de 400 millones de habitantes en Latinoamérica se reportan con una conexión a internet; y, Ecuador se encuentra como el país con mayor acceso con una penetración del 80%, seguida por Argentina (78%), Chile (77%) y Brasil (65%) (IWS, 2017).

Con relación al uso, los usuarios digitales modifican sus intereses paulatinamente y se ajustan a las nuevas tendencias culturales e intereses personales. Se está viviendo el clímax del milenio en donde las preferencias publicitarias son relegadas por las redes sociales; estos consumidores mayoritarios deciden relacionarse, interactuar, mostrarse; no obstante, la búsqueda de información como conocimiento se reduce. Es así que las redes sociales priman en este porcentaje de penetración y actualmente las más usadas son Facebook, YouTube, Twitter, Instagram, Spotify, LinkedIn y Snapchat.

1.2. El camino hacia las *fake news*

SSi el acceso al internet como recurso hacia la información constructiva que genere conocimiento se ha visto mermado por las redes sociales, se podría decir que pasamos de la publicidad y promoción digital de productos hacia la autopromoción personal. “El internet es parte de la vida de los ecuatorianos” (Mintel, 2018) pero dista de lo que demanda las Naciones Unidas a través de sus Objetivos de Desarrollo Sostenible #9 y #10 (ONU, 2015). En Ecuador, los cibernautas de Pichincha, Imbabura, Guayas y Manabí se ubican entre los de mayor acceso. El uso de la red es principalmente con el buscador Google como acción de arranque; seguido un alto porcentaje en el chat WhatsApp. Un gran número de usuarios acceden a la música de Spotify, miran vídeos a través de YouTube, publican fotos en Instagram, así como el uso de *streaming* a través de la plataforma Netflix.

Podemos observar que según las tendencias de los cibernautas sus intereses reflejan un uso elevado para el ocio, diversión y entretenimiento, seguido por el acceso a información general y un número menor para investigación y educación. Todo esto podría identificarse como “flojera social” que, desde el estudio realizado por Maximilien Ringelmann (1913) con su conocido “Efecto Ringelmann”, describe al individuo por su naturaleza con la tendencia de realizar el menor esfuerzo cuando el resultado será grupal. En otras palabras, prevalece la “ley del menor esfuerzo” y nos autodefinimos como “cómodos”. Este aspecto es determinante en la construcción de conciencia social; crea estereotipos culturales como una limitante en el crecimiento colectivo.

Diez años bastaron para que los ecuatorianos se adaptaran al ritmo de las Tic y en especial al uso del internet; pero inquieta saber que el fin de los cibernautas se aleja del interés de “reducir la brecha digital” (UIT, 2019) mediante el acceso a la información; con el fin único de promover el desarrollo de las naciones facilitando los espacios de educación y conocimiento.

La escasa tendencia de búsqueda de información como medio de aprendizaje, la saturación de datos basura en internet, los crecientes escenarios virtuales de ocio y distracción, todos ellos comulgan con la crisis de contenidos e investigación de los medios de comunicación y representan el punto de partida que marca el camino hacia el desbordante uso de redes sociales y a la reducida capacidad de contraste de contenidos, análisis y criterios de selección y discriminación de información.

Es claro que los sistemas de comunicación han establecido un cambio de paradigma, un nuevo comportamiento social, generando una cultura digital con diversidad de públicos que contribuyen a nuevos espacios de participación, difusión y debates. Esta clase de debates surgen de opiniones y mensajes que se exponen en redes y plataformas, generalmente sin una condición investigativa previa.

Es aquí donde se visualiza el principal riesgo sobre la aceptación y credibilidad de los mensajes en la red. ¿Creer o no creer? La vulnerabilidad del lector cibernauta se incrementa de manera proporcional con el grado de información y contraste que posea sobre el tema. Se requiere entonces aprender a navegar en la red, a buscar y discernir la información, tener un olfato selectivo que facilite el contraste y la

elección de tal o cual dato como creíble. Las fake news aprovechan este caos virtual de desconocimiento para manipular la creencia de los usuarios mediante información no verificable pero que genera curiosidad, impacto y hasta morbo.

Resulta interesante tomar en cuenta que este abrupto proceso de desinformación se nutre además de la edad y el reducido interés de investigación y búsqueda de información, en las facilidades tecnológicas como la portabilidad. El acceso a los dispositivos móviles contempla la portabilidad e inmediatez como principal servicio; en el lugar y hora que sea se puede acceder a las redes sociales, correos y chats; pero la información es recibida en la premura contextual de recepción, análisis y contraste que solo se superaría con la capacidad interpretativa del lector. Según los datos del Digital News Report de 2018 el uso del teléfono móvil como dispositivo para navegación en internet se sitúa en el 64%, cifra que sube al 71% al tomar específicamente a los menores de 45 años. La educación para una cultura digital se aproxima a la solución óptima.

1.3. Democracia virtual, esas sucias campañas

John F. Kennedy reafirmó su campaña a la Presidencia de los Estados Unidos a través de los debates televisivos, Barack Obama alcanzó su triunfo tomando como aliado el uso de las redes sociales y la focalización en grupos de interés; y, Donald Trump marcó su posición mediante una viral estrategia de comunicación en la que se discriminó la emisión de mensajes orientado hacia públicos estrictamente segmentados según sus perfiles e intereses gracias a la filtración de la base de datos con más de 50 millones de usuarios entregada por la consultora Cambridge Analytica.

Se puede observar que la búsqueda democrática de reconocimiento social se ha ido conquistando mediante estrategias de difusión y persuasión teniendo como principal instrumento de proximidad hacia la ciudadanía a los medios de comunicación masiva. Las masas, los canales y las tecnologías establecen una triada de análisis permanente. Dialécticamente hay que considerar la evolución de las sociedades, los intereses, los cambios en el sistema de creencias que se ve influenciado de manera directa y agresiva en el progresivo uso de las nuevas tecnologías y las cambiantes formas de comunicación. Se ha pasado de los *mass media* y redes sociales hacia la construcción psicosocial

de los mensajes bajo la premisa lasswelliana “quién dice qué, a quién y con qué efectos”.

Pensar en el efecto del mensaje es el *quid* de la cuestión. Laswell compartía que hay que entender a sus públicos para la construcción de un mensaje efectivo. Se ejemplifica en el uso de las redes sociales, el codificador estructura un mensaje conociendo las características de ese público digital que, como se indicó anteriormente, es un grupo poco informado, curioso y puede usar su poder multiplicador virtual en la medida del impacto del mensaje.

Las campañas electorales funcionan de similar forma. Conocer el electorado involucra conocer sus gustos, opiniones y su sentir que en el contexto actual se refleja con frecuencia en su comportamiento virtual. La búsqueda es la toma de decisiones favorable que se refleja en el voto. La intención del voto puede incluir cierto nivel de manipulación en la estructuración del mensaje.

1.4. ¿Normar o educar?

La manipulación ocurre en el contexto de un mundo digital donde sus actores interactúan en un ciberespacio, de libre acceso y sin reglas. ¿Pero este espacio en efecto carece de control? La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) como organismo de las Naciones Unidas (ONU) está “comprometida en conectar a toda la población mundial” y para ello promueve principios de libre acceso a la información.

Ecuador por su parte ha regulado el internet y las Tic intentando primar el derecho al acceso de la información, pero sobre la base de una sociedad desigual, con grandes conflictos políticos, económicos y sociales lo que ha conllevado a problemas de convivencia virtual en donde el “ataque oculto” o el llamado “linchamiento mediático” surge entre los temas abiertos en la red.

La participación y el debate ciudadano en el mundo virtual se vuelve hostil. Para contrarrestarlo la regulación ecuatoriana establece para el internet y las tic, parámetros normativos que se establecen desde la Constitución con los derechos de los “Ciudadanos y Ciudadanas” expresados en el Capítulo Primero, el marco de acción de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, los principios establecidos en la Agenda de

Conectividad y las reglas de juego en el comercio electrónico a través de su ley.

Profundizar y delimitar los diversos aspectos que se quisieran regular en el inmenso espacio del internet, resulta una utopía que estimula aún más una entropía del sistema digital en los usuarios son actores en permanente cambio. Es decir, "menos es más"; mientras menos se intervenga en los procesos virtuales –sin ignorar aquellos comportamientos que obstruyen el flujo normal de la información y sus interacciones- mayor será la madurez del usuario en la red internet.

Normar de manera agresiva el internet, las Tic y específicamente el uso de redes sociales se vuelve perturbante, exhaustivo y anula la capacidad del usuario de poder identificar, reconocer y superar los conflictos de información y desinformación. Demasiado poder de control al Estado, menos participación decisiva del usuario. Concomitante los límites controlados de una red abrirán siempre la opción del aparecimiento de una nueva red. Sin embargo, esto no exime la necesidad de proteger a los grupos vulnerables como los niños, que constituyen usuarios susceptibles.

Se habla de las *fake news* como arma de destrucción, herramienta de engaño, instrumento de manipulación y caos, que requieren de manera urgente el paternalismo regulatorio, con el fin de evitar los bombardeos de confusión y engaño que pretenden desembocar en desinformación atentatoria al equilibrio social.

Satanizar a las *fake news* está a la voz del día. En todo lado se escuchan conferencias, discursos, talleres y noticias sobre la toxicidad de falsos mensajes que llegan como saeta al usuario quien lo multiplica sin reflexión.

Como se señaló, sobre la base de Lasswell, la clave está en el usuario-receptor. Es el receptor quien posee el control. El emisor construye un mensaje mal intencionado pensando en el nivel de recepción e impacto de la información, lo envía a través de los canales adecuados y redes específicas hacia públicos debidamente segmentados, todo esto con el fin de generar el resultado multiplicador caótico que desfigure un falso mensaje en una información repetida varias veces que termina siendo aceptada como una verdad indiscutible.

Entonces, la cantidad de límites normativos que se confunden en una red virtual y que terminan acumulándose en la inaplicabilidad y el olvido, no representan la solución; esto sin dejar de lado que los ajustes en derecho no alcanzan la vertiginosidad de los cambios tecnológicos.

El poder y control se encuentran en el individuo, usuario, cibernauta. Es el poder consagrado a un usuario capaz de identificar, seleccionar, analizar, contrastar, discriminar y acoger la información correcta; y esto solo puede ser resultado de un mayor aprendizaje de la red, los retos y vulnerabilidades. No cabe duda de que solo la educación llevará a una mejor cultura digital.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alandete, David. 2017. Fake news: la nueva arma de destrucción masiva. Editorial Deusto.

Arcotel. 2019. Estadísticas de servicios de telecomunicaciones. www.arcotel.gob.ec

Constitución de la República del Ecuador, 2015.

Illades, Esteban. 2018. Fake News: La nueva realidad. México: Editorial Grijalbo.

Recibido: 20/08/2019

Aprobado: 13/11/2019

Magda Giler: Investigadora independiente

Correo electrónico: magda.giler4@gmail.com

La tensión entre la regla de reconocimiento hartiana y los principios ético- morales

The tension between the hartian recognition rule and the ethical-moral principles

Ramiro Andrés Urgilés
Investigador jurídico

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 321-336, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El presente ensayo formula, a partir de mecanismos de corte analítico-estructuralista, un examen concreto sobre la compatibilidad entre la existencia de una regla de reconocimiento, entendida como un mecanismo de identificación de un derecho operativo, con la presencia de principios aplicables al interior de los ordenamientos jurídicos únicamente por su contenido ético-moral. A partir de dicho estudio se proponen claves analíticas que constituyen una nueva vía metodológica para el estudio de los problemas de la filosofía del derecho. Dicha metodología se sustenta en la comprensión renovada de los elementos sociológicos, psicológicos, económicos y políticos que subyacen a los postulados primarios de la teoría ius filosófica, a partir de herramientas propuestas por la escuela estructuralista de la filosofía.

PALABRAS CLAVES: Filosofía del derecho, mecanismos de identificación del derecho, regla de reconocimiento hartiana, principios morales en los ordenamientos jurídicos, derecho y estructuralismo.

ABSTRACT: This paper introduces, based on analytical-structuralist mechanisms, a concrete examination of the compatibility between the existence of a recognition rule, understood as a mechanism for identifying an operational right, with the presence of principles applicable to the interior of legal systems only for their ethical-moral content. Based on this study, analytical keys are proposed that constitute a new methodological path for the study of the problems of the philosophy of law. This methodology is based on the renewed understanding of the sociological, psychological, economic and political elements that

underlie the primary postulates of philosophical ius theory, based on tools proposed by the structuralist school of philosophy.

KEY WORDS: Philosophy of law, mechanisms of identification of law, rule of hartian recognition, moral principles in legal systems, law and structuralism.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de la convivencia armónica entre la regla de reconocimiento hartiana y los principios —tal como los define Ronald Dworkin— al interior de un sistema normativo operativo, es quizá uno de los problemas de mayor implicación teorética y política, que pueden ser tratados en la filosofía del derecho al día de hoy. Este ensayo busca realizar un examen exhaustivo de los posibles grados de compatibilidad de la existencia de una regla de reconocimiento, con la presencia de principios aplicables únicamente por su contenido moral.

Para dibujar una idea más clara de este problema, es preciso abordar con mayor profundidad el pensamiento de los autores sobre los que se ha tejido esta controversia, y discurrir con mayor profundidad sobre dos puntos en específico: a) la crítica del ius filósofo estadounidense Ronald Dworkin en contra del positivismo, especialmente sobre los postulados de Herbert Hart y b) su intento por formular una política jurídica constructivista que rescata los supuestos del liberalismo político.

En relación al primer punto, tal como refiere Calsamiglia (2012), Dworkin toma como punto de partida la propuesta de Herbert Hart por considerarla la forma más elaborada del positivismo jurídico. Así para sustentar su posición Dworkin estructura una marcada distinción entre normas, principios y directrices, y por sobre todo un profundo rechazo al derecho entendido como entidad ya establecida que puede identificarse mediante la verificación de ciertos hechos. El autor de *Los derechos en serio* comprende también que cualquier norma maestra —en este caso la regla de reconocimiento— excluye a los ya referidos principios (justicia) y directrices (objetivos sociales), que no pueden ser aplicados bajo el mecanismo todo/nada característico de las normas positivas.

1. LAS REGLAS Y LOS HÁBITOS EN LA TEORÍA DE HART

Herbert Hart revolucionó el pensamiento jurídico, dividido hasta ese entonces en postulados idealistas, metafísicos y descriptivo-sociológicos. Al ocuparse, entre otras cosas, del criterio de existencia de los sistemas jurídicos representó una profunda renovación para el pensamiento positivista que había construido una compleja teoría por la vía iniciada por Kelsen.

Hart en su magnum opus *El concepto del derecho* distingue entre hábitos y reglas. Para Hart las reglas sociales constituyen estándares o pautas de comportamiento que pretenden regular las acciones de los individuos. En ese sentido puede decirse que ellas se nos presentan como criterios de comportamiento a seguir, por lo general obligatorios, del modo: "debes hacer Z" o "debes cumplir X perteneciente al ordenamiento normativo Y".

Podemos inferir, entonces, de todo ello que las reglas regulan el comportamiento de grupos de individuos y no de sujetos individualmente considerados. En consecuencia, las reglas no pueden ser concebidas en forma aislada, sino que se nos presentan en cuerpos normativos que tienen algún tipo de relación en su contenido, de manera tal que no podríamos apreciar el significado de la interacción entre los individuos si las consideráramos en forma aislada.

Hart sostiene que las reglas obligan dado que hay una importante presión social en razón de creerlas necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor. Por otra parte, Hart también se diferencia de teorías como la de Bentham o Kelsen, las cuales ven como característica esencial o definitoria de las normas jurídicas la sanción. Tanto para Hart como para Lipkin, la utilización y por tanto, la identificación de las reglas por parte de los individuos que lo hacen, constituye junto a la comprensión del papel fundamental que en esto juega el lenguaje (en este punto se evidencia la influencia fundamental que el denominado giro lingüístico jugo en la doctrina hartiana) , la piedra angular del funcionamiento de un sistema normativo y, por lo tanto de un sistema legal operativo.

En lo que respecta a los hábitos, ellos representan una conducta convergente que puede ser perfectamente verificada al igual que las reglas por cualquier observador ajeno al grupo, pero que sin embargo

no cuenta con el elemento interno de aceptación que permite la crítica al transgresor de la conducta en cuestión.

Después de haber realizado tal distinción Hart señala que cualquier sistema jurídico moderno está conformado por varios tipos de reglas. Debemos así distinguir primeramente dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias, y a su vez, dentro de estas últimas, las de reconocimiento, cambio y adjudicación. Mientras que las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer; las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias, especificando la manera en que éstas pueden ser verificadas en forma concluyente (reglas de reconocimiento), introducidas, eliminadas o modificadas dentro del sistema (reglas de cambio), y su violación determinada de manera incontrovertible (reglas de adjudicación).

1.1. La regla de reconocimiento, la construcción de una metodología científica. Los entes jurídicos y la renovación positiva

Hart pensaba que la regla de reconocimiento era el remedio para poder establecer la certeza de las reglas primarias de obligación a través de la identificación de las mismas sobre la base de ciertos criterios últimos de identificación revestidos de autoridad, y por sobre todo pretendía dotar a la ciencia jurídica de un mecanismo de identificación del fenómeno jurídico, es decir determinar las condiciones por las cuales se puede identificar un sistema normativo funcional cognoscitivamente, al igual que en las demás ramas científicas. Podemos decir entonces que Hart renovó las intenciones cientificistas de Kelsen, enriqueciéndolas y salvando algunas de sus dificultades como la norma fundamental.

La propuesta de Hart en definitiva busca establecer un mecanismo cognitivo estable para la identificación del fenómeno jurídico, es decir mediante

la regla de reconocimiento se puede conocer la existencia de un conjunto de normas producidas mediante ciertos órganos y ciertas condiciones.

Los postulados de Hart al contrario de lo que piensa Dworkin no establecen la existencia de un derecho inmutable (prueba de ello es la regla de cambio), más bien son un instrumento para la determinación

concreta del objeto de la ciencia jurídica: normas e incluso principios producidos bajo ciertos mecanismos previamente establecidos.

2. TESIS SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LOS PRINCIPIOS

En este punto es preciso realizar un análisis esquemático de las posibilidades de compatibilidad entre la regla de reconocimiento y los principios dentro de un sistema normativo. Las posiciones más relevantes al respecto son las siguientes: (i) La regla de reconocimiento incluye de hecho principios. (Posición de Carrió) (ii) La regla de reconocimiento excluye de hecho a los principios. (Posición de Dworkin) (iii) La regla de reconocimiento puede modificarse para que permita identificar principios. (Posición de Sartorius).

a. Posición de la completa inclusión

Genaro Carrió es el autor que ha desarrollado con mayor claridad y contundencia esta postura, según sus postulados ius-filosóficos que se encuentran principalmente en *Notas sobre derecho y lenguaje* (1965) la regla de reconocimiento en el sentido de práctica social común entre los operadores jurídicos (jueces en sentido amplio) incluye de hecho una serie de principios morales que fundamentan la toma de las decisiones judiciales y que son tomados en cuenta por su contenido valorativo, y no por la verificación de ciertas condiciones de producción y contenido como en el caso de las normas positivas.

Carrió parece olvidar el hecho de que ordenamientos jurídicos primitivos o semi-primitivos, tal como los describe Hart, pueden operar sin la existencia de principios, y que ciertos ordenamientos jurídicos han operado contra valores morales generalizados a favor de lo que Bruker denomina coherencia estatal moral[92], como en el caso alemán y soviético. Sin embargo, podemos sostener que una regla de reconocimiento

92 Lans Bruker su libro Contingencia moral (2018) establece la diferencia entre moral global y coherencia estatal moral, el primer tipo es definido como principios valorativos compartidos por la comunidad global que se generan y cohesionan a través de prácticas e intercambios mundializadores, la segunda clase refiere a juicios morales compartidos por grupos poblacionales pequeños y que generalmente se oponen a la moral global o social.

permite identificar un sistema jurídico funcional, pese a que este no incluya principios, o incluso cuando esta sea contrario a ciertos principios morales individuales, por lo que dicha regla no incluye implícitamente principios de corte ético (Bovino, 2015). En ese sentido Paola Bigliani (2017) sostiene que la pugna entre los mecanismos de verificación positivistas y la existencia de principios en los ordenamientos normativos evidencia una relación conceptual directa con el vínculo entre derecho y moral, siendo dicho nexo en todos los sistemas normativos actuales por lo menos parcialmente directo.

Vale la pena aclarar sobre la tesis de Bigliani que la relación parcialmente directa que ella describe representa un hecho sociológico, mas no la necesidad (en el sentido deontológico) de que un ordenamiento jurídico integre principios. Acudiendo al fundamento lógico del razonamiento moral más bien se puede afirmar, que ninguna decisión de las características de un pronunciamiento judicial, puede justificarse acudiendo a hechos de carácter sociológico- cognitivo, en ese sentido es posible concluir que toda decisión judicial conlleva explícita o implícitamente principios de corte ético-moral, que pueden pertenecer a una moral ya sea personal, poblacional o social. Sin embargo —como bien han denunciado las escuelas críticas del derecho— dichos principios no siempre coinciden con los mecanismos de verificación positiva del fenómeno jurídico y más bien obedecen a estructuras de poder político o económico que pueden moldear o modificar la estructura del derecho. Es por ello que la tesis de la completa inclusión no es aceptable teóricamente, e incluso puede resultar peligrosa en el sentido de que legitima posiciones y estudios no críticos respecto a un derecho vigente.

b. Posición de la completa exclusión

La segunda formulación ha sido elaborada por Ronald Dworkin; Calsamiglia no se equivoca al sostener que dicho autor es un crítico agudo y puntilloso de las escuelas utilitaristas y positivistas y que su tesis ha trascendido los círculos académicos para plantear cuestiones importantes sobre los modelos políticos y su relación con el derecho. Dworkin (2012) desarrolla la tesis de la completa exclusión en su obra *Los derechos en serio* y la explica con las siguientes palabras:

> Los principios no pueden ser parte de un sistema jurídico si se acepta la teoría de la regla de reconocimiento de Hart ya que esta regla

identifica las normas del sistema por su origen o fuente y aquellos principios no son reconocidos por los jueces por derivar de cierta fuente con autoridad sino porque su contenido se considera válido apropiado o justo (p.404).

Según Dworkin el modelo positivista y en específico la regla de reconocimiento permite identificar normas únicamente a través de un test que él denomina test de pedigree o de origen, dicho test es adecuado únicamente si se concluye que el derecho es un conjunto de normas. El ex catedrático de Oxford busca precisamente establecer que dicho enfoque del derecho es unilateral y por tanto incorrecto, ya que el fenómeno jurídico está compuesto por principios y directrices que se aplican por su fuerza argumentativa.

Los principios se caracterizan porque moldean a las normas jurídicas concretas, de modo que es posible desatender a la literalidad de una norma jurídica cuando esta es contraria a un principio.

Las ideas de total oposición esquematizadas por Dworkin sin embargo no parecen del todo correctas ya que como mencioné anteriormente existe una relación (por lo menos indirecta en el sentido deontológico) entre ciertos principios morales y los mecanismos de identificación de un sistema jurídico funcional, además una regla de reconocimiento compleja podría incluir rasgos mínimos para la identificación de principios que puedan ser aplicados judicialmente, incluso únicamente por su carga moral[93], como menciona Joseph Raz (1970) las posibles falencias de la regla de reconocimiento no pueden llevar a la conclusión de que no se puede identificar un derecho existente.

En ese orden de ideas son de gran utilidad los postulados de Carlos Santiago Nino (2003), el ius filósofo argentino en *Introducción al análisis del derecho* sostiene acertadamente que:

El admitir que el derecho puede estar integrado por principios morales, no es contrariamente a lo que supone Dworkin, incompatible con una concepción positivista del derecho. El positivismo no niega que una norma pueda ser calificada simultáneamente tanto de norma moral

93 Comparto con ciertas reservas la posición de Francisco Lejada, dicho autor en su obra Moral constitucional (2016) sostiene que el neoconstitucionalismo es un ejemplo paradigmático de la identificación de principios morales a través de mecanismos desarrollados a través de la técnica positiva.

como de norma jurídica; lo que exige es que para identificar a la norma en cuestión como norma jurídica ella debe satisfacer las condiciones fácticas implícitas en el concepto descriptivo de derecho. (p.126)

Como mencione anteriormente en toda decisión judicial subyacen principios de corte ético-moral, los mismos puedan ser compartidos a nivel planetario, social o responder a la moral individual del juez[94]. Es por ello la posición de Dworkin no puede ser defendida a nivel analítico.

Parece que la oposición radical que el mencionado autor establece contra la teoría hartiana no se enmarca únicamente en el plano técnico jurídico, sino que dicho problema se levanta sobre la intencionalidad teórica de establecer mecanismos estables y universales de creación, aplicación y reconocimiento de principios y objetivos societarios (especialmente los derechos sociales) que puedan aplicarse en los ordenamientos jurídicos mediante procesos democráticos de carácter liberal.

En definitiva, la verdadera tensión pasa por la compatibilidad entre un derecho cerrado (por lo menos en apariencia) en cuanto a la identificación de normas y principios por el cumplimiento de parámetros fijos, y un derecho abierto (por lo menos teóricamente) que puede construirse permanentemente a través de la democracia liberal que Dworkin rescata.

c. Posición de la inclusión parcial o convivencia condicionada

La tercera postura parece ser la más correcta y ha sido defendida por autores como Nino, Sartorius, Carranza y mi persona. Más allá de las debilidades de los postulados de Hart, en especial en lo que se refiere a establecer mecanismos de individualización de los sistemas normativos, la tensión entre la coexistencia de procedimientos de reconocimiento jurídico al estilo de los propuestos por el positivismo jurídico, y principios ético/morales identificables desde un punto de vista externo por su contenido valorativo puede ser superada tal como ocurre

94 Comparto parcialmente los postulados del realismo jurídico, ya que, si bien existen ciertos márgenes de discrecionalidad judicial y de aplicación política del derecho como han propuesto las escuelas críticas, estos espacios de aplicación abierta están sujetos a una estructura normativo-institucional estable.

en ordenamientos jurídicos complejos, como lo son los actuales. De hecho, como mencione con anterioridad toda decisión judicial conlleva la presencia de valoraciones morales, sin embargo, existe una tensión mucho más compleja en relación a la determinación de los mecanismos para identificar las valoraciones morales que deben (en sentido descriptivo y prescriptivo) ser reconocidas legalmente, igual problema se presenta al establecer los principios que realmente fundamentan las decisiones de los jueces. En todo caso la posición de la inclusión parcial es la más adecuada para salvar la mayor parte de los obstáculos teoréticos que esta tensión supone, sobre la misma trabajaré más adelante.

Dicho esto, es posible formular al menos tres conclusiones preliminares relevantes: (a) La regla de reconocimiento hartiana, y los mecanismos de identificación del fenómeno jurídico empleados por el positivismo, no excluyen de hecho la existencia de principios ético-morales al interior del mismo. (b) Existe una importante tensión entre la existencia de una regla de reconocimiento (u otros mecanismos de verificación propuestos por el positivismo jurídico) y la presencia de principios al interior de un ordenamiento normativo, sobre todo en cuanto a los procedimientos metodológicos para identificar dichos valores; habrá que convenir en todo caso la posibilidad de caracterizar (el mecanismo de caracterización amerita un estudio particular) los principios que integran un orden normativo, para que estos puedan ser identificados sin recurrir a juicios morales abstractos. (c) Existe una tensión más profunda, por lo menos en apariencia en relación a la compatibilidad entre un derecho cerrado (por lo menos en apariencia) que identifica normas y principios por el cumplimiento de parámetros fijos, y un derecho que puede construirse permanentemente a través de la democracia liberal.

3. LA POLÍTICA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN: LA RENOVACIÓN DEL LIBERALISMO Y EL OLVIDO DEL ANÁLISIS DEL DERECHO

Los postulados de Ronald Dworkin respecto a la filosofía política tienen el atractivo de aparecer como un liberalismo que ha mudado de piel, y que él denomina "igualdad liberal". Dworkin a lo largo de su obra busca hallar los fundamentos primarios del liberalismo, lo cual consiste simplemente en relacionar la filosofía política liberal con una parte más amplia del universo intelectual, con las ideas acerca de lo

que constituye una buena vida. Dworkin desarrolla dicha empresa a través del estudio de dos temas: 1) la esencia del liberalismo como filosofía política y, 2) la indagación sobre la ética antropológica del liberalismo o visión sobre la buena vida con la que la filosofía política ha de relacionarse para fundamentarse éticamente.

Con el fin de encontrar las bases filosóficas del liberalismo, gran parte del esfuerzo intelectual del autor se dirige a construir una ética de la cual pueda llegarse naturalmente a tesis políticas. Para ello Dworkin busca una formulación de los intereses tal que, quienes la acepten, y busquen ese bienestar acudan de un modo intuitivo hacia alguna forma de política y práctica liberal. Para eso plantea una serie de problemas recurrentes de la ética racional, que denomina inquietudes y enigmas en torno de los intereses críticos. Después distingue dos modos de enfrentar y resolver esas cuestiones, para mostrar la superioridad de su modelo ético. El primero es el modelo del impacto que afirma que el valor de una buena vida consiste en su resultado final, es decir en sus consecuencias para el resto del mundo, el segundo es el modelo del desafío, el mismo establece que el valor de una buena vida radica en el valor inherente a un vivir adecuadamente realizado. Dworkin siguiendo al liberalismo clásico opta por el modelo del desafío ya que dicho modelo no juzga convicciones, sino que permite un mejor entendimiento de nuestra vida ética, entendida como opiniones acerca de la realización de una tarea auto impuesta más que como juicios acerca de cómo podemos cambiar el mundo para mejor.

De igual forma Dworkin distingue entre liberales éticos (comparten el modelo del desafío a través de una visión a-política) y liberales políticos (materializan el modelo del desafío a través de la vía demo-liberal), estableciendo que los liberales éticos se convierten finalmente en liberales políticos que comparten sus tesis. Dworkin también intentará probar que los liberales éticos llegarán de modo natural a la tolerancia y neutralidad en el sentido defendido por su teoría. Dos son los modos de neutralidad que Dworkin intenta fundar en una ética del desafío: la neutralidad del atractivo (la teoría política sienta principios aceptables por gente de muy diversas tradiciones éticas) y la neutralidad en el modo de operar (que de hecho se tolere a las personas, sin castigarlas ni discriminarlas por sus convicciones éticas). El profesor de Oxford intenta defender ambos tipos de neutralidad, pero de modo diverso al contractualismo, que conseguía la neutralidad separando la política de la ética.

Dworkin quiere demostrar de esa manera que su teoría ética apela de hecho a principios que pueden ser ampliamente aceptados sin que la gente tuviera que abandonar convicciones que es muy improbable que abandone, y así posee la neutralidad del atractivo. Ahora bien, como consecuencia de que el liberalismo de Dworkin se fundamente en una ética y una teoría de la justicia, la igualdad liberal no puede ser neutral en sus consecuencias, pues tendrá por resultado el que algunas vidas, que ella no aprueba o desaprueba, serán más difíciles de llevar de lo que lo serían bajo otros sistemas políticos. Además, admite un paternalismo educativo a corto plazo, que lleve a una aceptación posterior genuina, no manipulada de la ética. En definitiva, la igualdad liberal no es neutral respecto de los propios supuestos liberales.

Posteriormente el escritor estadounidense busca ligar su construcción ética con el derecho. De esa forma tiene la intención de establecer una moralidad política que se construye a través de los procesos políticos liberales y que se delimita en la teoría jurídica, para comprender su intencionalidad intelectual son útiles las palabras del propio Dworkin (2012):

> Espero persuadir a los juristas de que renuncien en su totalidad a la teoría jurídica existente, en favor de una teoría del derecho que considera las cuestiones referentes a derechos jurídicos como casos especiales de los derechos políticos. (p.414).

3.1. El error de Dworkin: Sus puntos débiles y la confusión entre fenómeno jurídico y estudio del derecho

La mayor dificultad que Dworkin debe superar se presenta a raíz de su voluntad de transformar el liberalismo por dentro, sin tocar su sustrato intelectual, es decir sin abandonar la tradición ortodoxa de la libertad, ni determinadas convicciones morales concretas consideradas como conquistas de los primeros liberales. Al mismo tiempo, su intento de dar a esas convicciones la solidez filosófica que tenía la ética política que podríamos llamar preliberal o clásica hace que la originalidad y la fuerza de sus ideas reposen no ya en los postulados formulados, ni en uno u otro argumento particular, sino en la transformación del contexto filosófico precedente y en la invención de distinciones, y hasta de nuevos usos lingüísticos, que se presentan como convincentes a primera vista.

Dworkin rechaza profundamente al positivismo y realismo jurídico, precisamente por sus mecanismos metodológicos de identificación estables[95] y cae en un notable error —producto quizás de sus sesgadas lecturas del cientificismo— al no distinguir adecuadamente entre fenómeno y método de observación. Las intenciones positivistas presentes en la filosofía de Kant y heredadas por el Circulo de Viena que alimento intelectualmente a Hans Kelsen, pretendían conocer por la vía racional los fenómenos sujetos a análisis (dada la peculiar naturaleza del derecho, todavía no se ha resuelto satisfactoriamente si reúne las condiciones de un objeto de estudio científico), a través de mecanismos teóricos de delimitación y observación.

La ciencia moderna estableció una diferencia esencial entre fenómeno y método de estudio, el fenómeno tiene unas características naturales a las que un sujeto cognoscente puede acceder empíricamente para procesarlas mediante las diversas unidades procesales de la razón, el fenómeno puede ser delimitado, desintegrado, estructurado, pero responde a características innatas y a su propia naturaleza fenoménica que es independiente del mecanismo de observación que se emplee. Dworkin barrunta al suponer que la técnica que se utilice para circunscribir un objeto de estudio altera la esencia misma de tal objeto.

Es decir, los mecanismos de estudio, observación e identificación de un sistema de normas operacionales mediante la verificación de ciertas condiciones, no afecta a la esencia misma del derecho. Pese a ello hay que admitir en favor de Dworkin que las denominadas ciencias sociales cuyo objeto de estudio no es un fenómeno natural presentan un problema particular cuando las construcciones teóricas que describen el objeto a estudiar se difuminan con el propio objeto de estudio igualmente teórico. Habrá que discurrir hasta qué punto los objetos de estudio teóricos[96] y no fenoménicos en el sentido natural pueden ser sujetos de un análisis científico.

Dejando este problema a un lado parece que los postulados de Dworkin tienen tal la intención crear una ética política, dejando de lado

95 El positivismo y realismo jurídico comparten mecanismos de verificación de las normas jurídicas que son estables, a saber: la recurrencia a normas maestras, órganos primarios o las decisiones judiciales respectivamente.

96 Si bien el derecho se materializa en la sociedad en cuanto conjunto de reglas que dirige la conducta de los individuos, es igualmente cierto que su objeto de estudio son las normas: estructuras lingüísticas teóricas.

el análisis de las interacciones entre reglas y principios (Hart, 1996, p.35). Más allá de interpretaciones reduccionistas, mal intencionadas o simplemente injustas sobre la doctrina de Dworkin es posible sostener que no existe una contradicción teórica entre la existencia de principios —que se establecen por medio del fuego democrático enriqueciendo al ordenamiento jurídico— con la presencia de los métodos de identificación de un fenómeno jurídico empleados por el positivismo. Tanto es así que para satisfacción de Dworkin la mayor parte de ordenamientos normativos del mundo actual se legitiman y encuentra su equilibrio sobre el modelo democrático que él defendió. Queda por discernir hasta qué punto la existencia de un presupuesto metodológico de identificación del derecho, se opone al modelo de deliberación democrática actual.

4. LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ESTRUCTURALISTA Y SUS POSIBLES BENEFICIOS

La corriente filosófica estructuralista consiste en un enfoque filosófico que trata de analizar un campo específico como un sistema complejo de partes relacionadas entre sí, por ello en términos amplios el estructuralismo busca la disposición estructural a través de las cuales se produce el significado dentro de una cultura. De acuerdo con esta teoría, el significado es producido y reproducido a través de varias prácticas, fenómenos y actividades que sirven como sistemas de significación.

El estructuralismo es una de las herramientas filosóficas de mayor utilidad, pero a la vez de mayor peligro de la filosofía, en especial cuando se tratan fenómenos antropológicos, ya que elimina todo sustrato fundacional del fenómeno y de ese modo termina por aniquilar la ética, convirtiéndose en una posición reduccionista y dogmática que obliga al hombre a desintegrarse hasta el punto que Alberto Buela denomina el mundo del sintagma. Pese a ello es un mecanismo notable para el entendimiento de las complejas interacciones del mundo social. Esta corriente surge a partir de las carencias políticas que evidenció el existencialismo alineado al marxismo propuesto por el último Sartre, y puede considerarse como una reacción exacerbada del cientificismo positivo, al afecta la esencia misma del derecho, al tomar elementos analíticos propuestos por Karl Marx y arrebatarles los sesgos de la ética rousseauniana presente en la “teoría científica marxista”, dotando así al filósofo de elementos no dogmáticos que permitan una mejor comprensión de fenómenos de estudio sociales.

Es así que la aplicación del estructuralismo puede enriquecer el estudio analítico del fenómeno jurídico (siempre que no se elimine su componente ético), mediante la creación de una nueva metodología que se sustenta en la comprensión renovada de los elementos sociológicos, psicológicos, económicos y políticos que subyacen a los postulados primarios de la teoría ius filosófica. De esa forma es posible encontrar en el derecho cuatro diferentes elementos de interacción: (a) lingüístico-psicológico, (b) fáctico-sociológico, (c) democrático-político, (d) ético-moral. Dichos elementos se levantan sobre una base material-histórica e interaccionan sobre un tejido teórico que puede identificarse cognitivamente.

El adecuado reconocimiento de estructuras teóricas funcionales que operan, interactúan y se retroalimentan sobre elementos mínimos (a saber normas, principios y directrices que pueden individualizarse) que conforman el fenómeno jurídico, es la clave primordial para la construcción de una metodología objetiva (imparcial en cuanto a la identificación de la totalidad de un objeto de estudio) que permita acercarse a la solución de grandes problemas en la lista de espera de la filosofía del derecho.

5. CONCLUSIONES

La regla de reconocimiento propuesta por Herbert Hart, y los mecanismos de identificación del fenómeno jurídico empleados por el positivismo jurídico, no excluyen de hecho la existencia de principios ético-morales que fundamenten las decisiones judiciales al interior del mismo.

Existe una tensión notable entre la existencia de una regla de reconocimiento, u otros mecanismos de verificación propuestos por el positivismo jurídico y la presencia de principios al interior de un ordenamiento normativo, sobre todo en cuanto a los procedimientos metodológicos para identificar dichos valores mediante mecanismos cognitivos estables; habrá que convenir en todo caso la posibilidad de caracterizar los principios que integran un orden normativo, para que estos puedan ser identificados sin recurrir a juicios morales abstractos.

Un análisis de corte estructural evidencia la existencia de una tensión más profunda, por lo menos en apariencia en relación a la compatibilidad entre un derecho cerrado que identifica normas y princi-

pios por el cumplimiento de parámetros fijos, y un derecho que puede construirse permanentemente a través de la democracia liberal. Dicha controversia se levanta sobre un error notable de la teoría de Ronald Dworkin, dicho autor no distingue la diferencia existente entre un fenómeno observable y su mecanismo de estudio. Pese a ello hay que admitir en favor de Dworkin que las denominadas ciencias sociales cuyo objeto de estudio no es un fenómeno natural presentan un problema particular cuando las construcciones teóricas que describen el objeto a estudiar se difuminan con el propio objeto de estudio igualmente teórico. Habrá que discurrir hasta qué punto los objetos de estudio teóricos y no fenoménicos en el sentido natural pueden ser sujetos de un análisis científico.

La aplicación del estructuralismo filosófico puede enriquecer el estudio analítico del fenómeno jurídico (siempre que no se elimine su componente ético), mediante la creación de una nueva metodología que se sustenta en la comprensión renovada de los elementos sociológicos, psicológicos, económicos y políticos que subyacen a los postulados primarios de la teoría ius filosófica.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFÍCAS

Bigliani, P. (2017). Rasgos morales en el derecho. Lima: Universidad Santo Tomás.

Bovino, A. (2015). Justicia Penal y derechos humanos. (2 da. Ed). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bruker, L. (2018). Conti<ngencia moral. Santiago: Ariel filosófico.

Cárdenas, C. y Guarín, E. (2010). Filosofía y teoría del derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann. Lima: Universidad Santo Tomás.

Dworkin, D. (2012). Los derechos en serio. (2da.ed. en español). Barcelona: Editorial Ariel.

Espezúa, B. (2011). Filosofía del derecho: Manual y lecturas para una reflexión crítica. Ciudad: Universidad Nacional del Altiplano.

Guastini, R., Vigo, R., Moreso, J., Redondo, M., Iturralde, V., Iglesias, M., Mendonca, D., Navarro, P., Lifante, I., Hernández, R., Portela, M., Bonorino, P., Gimeno, M. (2010). Pensar el derecho: Ensayos de teoría jurídica contemporánea. Madrid: Ara Editores.

Hart, H. (2011). El concepto de derecho. (3ra.ed. en español). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lejada, F. (2016). Moral Constitucional. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Nino, C. (2003). Introducción al análisis del derecho. (2da.ed). Buenos Aires: Astrea.

Prieto, L. (2011). Apuntes de teoría del derecho. (6ta. ed.). Madrid: Editorial Trota.

Recibido: 20/08/2019

Aprobado: 13/11/2019

Ramiro Andrés Urgilés: Investigador jurídico

Correo electrónico: andre.e.iglesiasb3l@gmail.com

El estado de derecho y la argumentación jurídica: apuntes para su análisis conceptual

The rule of law and legal argumentation: notes for their conceptual analysis

María Isabel Ruiz Vaca
Investigadora jurídica independiente

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 337-358, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Este artículo describe preliminarmente y contrasta posturas concernientes al punto de vista conceptual del Estado de Derecho y sus formas de limitación. La categoría jurídica Estado de Derecho es un aporte relevante puesto que, como concepto y mecanismo, su aplicación se extiende a nivel de países latinoamericanos y europeos. Además, en el margen de las argumentaciones jurídicas se valorará que el estimar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción.

PALABRAS CLAVES: Estado de Derecho, argumentación jurídica, análisis de conceptos teoría legal, poder constituyente.

ABSTRACT: This article provides a preliminary description and contrasts positions concerning the conceptual point of view of the Rule of Law and its types of limitation. As a legal category, the Rule of Law makes a significant contribution since, as a concept and mechanism, its application extends to the level of both Latin American and European countries. In the margin of legal arguments, in assessment will also be made that considering an argument is not the same as evaluating a decision or an action.

KEY WORDS: Rule of Law, legal argumentation, concept analysis legal theory, constituent power.

INTRODUCCIÓN

Las etapas históricas han marcado el Derecho y no sólo como una sucesión de episodios, sino como la expresión de una sociedad vulnerable a cambios, y de un objeto de estudio dinámico. Los lineamientos del Estado de Derecho aparecen por primera vez durante el siglo XVIII, oficialmente con la Revolución Francesa. En otros países como Estados Unidos, se habla de *Rule of Law*, y sus principios están relacionados con el Estado al que se hace referencia. Un Estado de Derecho se diferencia de un Estado absoluto o una dictadura porque los derechos en general son anteriores al mismo Estado y debe limitarse a reconocerlos y garantizarlos.

Por otro lado, la argumentación jurídica precisa que debe ser capaz de contestar a estas tres preguntas básicas: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla, cómo argumentar. Por lo demás, la argumentación se entiende aquí como un acto de lenguaje complejo, como una actividad, que comienza con el planteamiento de un problema y termina con la solución. Sin embargo, evaluar una argumentación quiere decir tener en cuenta todo ese conjunto, aunque los problemas evaluativos puedan (suelan) focalizarse en algún argumento en particular.

> "El compromiso central más fundamental del positivismo es la Tesis Social, que afirma que el derecho es, en esencia, una creación o artefacto social. De acuerdo con esta tesis, lo que distingue a las normas jurídicas de las no-jurídicas es que aquéllas poseen una propiedad que hace referencia a algún hecho social. La presencia del hecho social relevante, entonces, es lo que en última instancia explica la existencia de un sistema jurídico y lo constituye como un artefacto" (Himma, 2014).

En este sentido, ¿cómo el Estado de Derecho se vincula al proceso de la creación de un artefacto a partir de un hecho social, desarrollado en otras palabras como el sistema jurídico?

A partir de esta premisa, contrastaremos posturas concernientes al punto de vista conceptual del Estado de Derecho y sus formas de limitación, cuya aplicación se extiende a nivel de países especialmente latinoamericanos y sus principios fundamentales originalmente europeos. Se valorará, en el margen de las argumentaciones jurídicas, que estimar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción. Con relación al campo jurídico son represen-

tativos en la motivación de los operadores judiciales al bosquejar una resolución en los diferentes procesos.

La aplicación de las leyes ha encontrado su sustento en la especulación y la normatividad. A esto cabe decir que el razonamiento jurídico necesariamente juega un papel fundamental, tanto en su estructura lógica como en su contenido de verdad alrededor de procesos judiciales. En contexto, se estimará el análisis de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial.

1. ESTADO DE DERECHO

"El concepto de Estado de derecho, tal como se le conoce en la época moderna, nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XIII y XIX y tiene un origen claramente liberal. Se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista. La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano; su objeto, la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como "ente común (res publica)"." (Villar, Estado de derecho y Estado social de derecho, 2007). En su concepción moderna, se define como un Estado que se somete a la ley que él mismo impone, una ley que es para todos, gobernantes y gobernados en igualdad de condiciones.

Por ello, se contrastarán posturas pertenecientes al punto de vista conceptual del Estado de Derecho y sus formas de limitación, y esto recae en la importancia de la noción que se tenga de Estado y su actividad está limitada por un derecho superior a él, que le impone deberes, en términos de una concepción que se entiende como normas universales, eternas y autosuficientes. En Alemania, por ejemplo, se hablaba en 1832 sobre la expresión Rechtsstaat, que significa Estado de Derecho, por oposición a Machtstaat o "Estado de Fuerza", o Estado de la monarquía absoluta, y a Polizeistaat o Estado de Policía. En el Estado de Fuerza el "rex facit legem", mientras que en el Estado de Derecho "lex facit regem".

"Carl Schmitt distingue dos principios típicos en el Estado de Derecho: uno de distribución, según el cual la libertad individual es anterior al Estado e ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invalidarla es limitada en principio; y un principio de or-

ganización que pone en práctica el anterior mediante un sistema de "competencias circunscritas". (Dermizaky, 2000). El primero hace referencia a llamados derechos fundamentales o de libertad y, en segundo lugar, a "separación de poderes" que sirve para establecer frenos y controles recíprocos entre esos poderes. Derechos fundamentales y división de poderes son, según Schmitt, la sustancia del Estado de Derecho que se halla presente en la Constitución moderna.

Entre los mecanismos que se pueden utilizar para mantener este control están los de carácter político, constitucional y judicial. Con relación al control político, la división de poderes que termina en la construcción de tres instituciones o funciones: ejecutiva, legislativa y judicial. En el caso del control constitucional, se sustenta en el principio de supremacía de la Constitución y todas las leyes deben ceñirse a esta la norma fundamental. Finalmente, el control jurídico, que radica en la institución de la jurisdicción contencioso-administrativa.

"Uno de los signos característicos del régimen del Estado de derecho consiste precisamente en que, respecto a los administrados, la autoridad administrativa solo puede emplear medios autorizados por el orden jurídico vigente, especialmente por las leyes... Por consiguiente, en sus relaciones con los administrados, la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar contra *legem*, sino que, además, está obligada a actuar solamente secundum legem, o sea en virtud de habilitaciones legales. El Estado de derecho es, pues, aquel que al mismo tiempo formula prescripciones relativas al ejercicio de su potestad administrativa, asegura a los administrados, como sanción de dichas reglas, un poder jurídico de actuar ante una autoridad jurisdiccional con objeto de obtener la anulación, la reforma o por lo menos la no aplicación de los actos administrativos que la hubieran infringido... Por lo tanto, el régimen del Estado de derecho se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra las arbitrariedades de las autoridades estatales" (Villar, Estado de derecho y Estado social de derecho, 2007).

a. Poder Constituyente

El poder constituyente entendido como la capacidad de un pueblo para organizarse políticamente y otorgarse un ordenamiento jurídico determinado es primordial en la construcción de un Estado de Derecho. En este punto, es necesaria una diferenciación entre el poder y

el acto constituyentes. El primero se refiere a la facultad soberana del pueblo como se ha mencionado, y el acto constituyente se refiere a los hechos en los cuales se manifiesta la voluntad política del pueblo. En Europa se concibe el acto constituyente sin estado de derecho y sin Constitución escrita. En América, evidentemente ocurre lo contrario, pues históricamente Estados Unidos llevó a la práctica el poder constituyente de Sieyés, y así abren una puerta para que el resto de los países americanos lo siguieran, esto debido a que, en nuestro territorio, el acto constituyente se refleja tanto como un acto de emancipación de la metrópolis, como de proclamación de la soberanía interna e internacional.

El tema del poder constituyente se desprende en dos tipos: originario y derivado.

> "La diferencia entre ambos poderes es clara y se puede sintetizar en el hecho de que el poder constituyente llamado originario, por su cuota de poder, no está sometido a normas preexistentes de derecho positivo y puede ser fundacional, cuando dicta la primera Constitución al fundarse un Estado; y, post-fundacional, cuando opera después de la primera Constitución, pero también exento de reglas jurídicas preexistentes, tal y como actúa a consecuencia de una revolución. A contrario sensu, el poder constituyente llamado derivado, es el que actúa sujeto a reglas preexistentes de derecho positivo, para enmendar o reformar la Constitución, a la que incluso podría reemplazarla íntegramente, siempre que esté facultado para esto." (Castro, 2008).

En otras palabras, el poder constituyente originario es por el cual un Estado se funda y luego dicta normas que lo organizan, o sea al poder que determina la forma de Estado y la forma de Gobierno que ha de conservar en el futuro. La experiencia del Ecuador y otros países latinoamericanos permite hacer una distinción entre el poder constituyente originario fundacional y poder originario de simple organización. El poder constituyente originario fundacional es aquel que constituye al Estado, establece las normas que han de regular su organización y funcionamiento.

Por la comunidad puede actuar, y de hecho actúa, un grupo que asume el liderazgo de ella, pero el éxito en la empresa depende en última instancia de la adhesión o respaldo de la comunidad, que asiente, expresa o tácitamente, la decisión de fundar el Estado y organizarlo.

Por otra parte, el poder constituyente originario de simple organización tiene un precedente: es que en la conciencia colectiva y en la de los propios dictadores siempre ha estado presente la idea de que la dictadura es transitoria. Por ello, es forzoso el restablecimiento del Estado de derecho. Así mismo, en las asambleas y convenciones constituyentes ha prevalecido la convicción de que sus atribuciones no comprenden las de fundar el Estado, sino tan solo de organizarlos jurídicamente, o sea la de dictar normas de derecho con arreglo a las cuales ha de volver el Estado a los causes de la ley. Estas mismas ideas o convicciones han primado en las consultas populares a las que fueron sometidas las Constituciones de 1869 y 1978.

Este poder constituyente solo relativamente es originario e ilimitado o supremo, porque si bien es cierto no proviene de una Constitución escrita ni está obligado a ceñir la norma de organización del Estado o ninguna normar anterior, la verdad es que preexiste un ordenamiento jurídico con el cual la nueva Constitución tiene que ensamblar, bajo pena de crear el caos o quedar escrita en el papel, mientras que el Estado y la sociedad marchan de acuerdo con el ordenamiento jurídico preexistente.

En referencia a los límites del poder constituyente originario, la misión que le encarga el pueblo no es otra que la de que el Estado prepare un proyecto de Constitución, esto es en sí mismo una limitación, ya que no puede dejar de hacer ni al hacer olvidar que no hay Constitución si es que no tiene tabla o lista de derechos y una determinada organización de poder. Las limitaciones se pueden dividir en tres formas: las autónomas, que la propia Constitución establece; las heterónomas, que se compromete en la armonía con la comunidad Internacional, y las absolutas, en caso de que se atente con los derechos humanos.

Una constitución que transgreda los valores mencionados, solo se podría regir por la fuerza, como por desgracia ha ocurrido a lo largo de la historia. Tarde o temprano el pueblo recupera la libertad a la que está llamado, archiva el instrumento de su opresión y desgracia y adopta la Constitución no solamente de manera formal, sino también por su contenido y por su utilidad para crear las condiciones de la propia perfección de la colectividad y de sus componentes.

Por otro lado, el poder constituyente constituido o derivado se define como la facultad de reformar la Constitución adoptada por el constituyente originario. Ramiro Borja hace un razonamiento al respecto,

en el sentido de que si, por la reforma, una norma sustituye a otra, aquella debe provenir del mismo poder de que provenía esta, ya que, si no fuera así, la nueva sería una norma de inferior jerarquía que la sustituida y, por lo mismo, no sería lógico que pueda reformarla. Por naturaleza el poder constituyente constituido o derivado radica en el órgano del Estado que la Constitución misma determina, quien debe ejercerla en la forma y según el procedimiento señalado en la misma.

> "En realidad los "plenos poderes" aluden al concepto mismo de lo que es el poder constituyente, que siendo autónomo y trascendente en relación al orden jurídico positivo, tiene límites insalvables que no podrá superar; entre ellos, los factores reales de poder, los topes normativos, axiológicos y de derecho natural que rigen en el seno de toda sociedad, que impedirán cualquier abuso en que pretenda incurrir la Asamblea Constituyente" (Castro, 2008).

En esta línea, se puede mencionar la existencia de dos modelos de estado que surgen a partir del Estado de Derecho. Este Estado se ha desarrollado en la historia desde su aparición a fines del siglo XVIII y aparece el Estado Liberal de derecho y el Estado social y democrático de derecho o Estado desarrollista, en la versión latinoamericana.

b. El Estado Liberal de derecho

El Estado Liberal de derecho es la primera modalidad del Estado de derecho que emergió con la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, y consistió en la organización jurídica del Estado y el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano y la adopción de una Ley a la que se denomina Constitución escrita, que se ajusta y contiene las características de un Estado de Derecho. Sin embargo, la Constitución no fue igual en los Estados Unidos y en Europa, debido a que en América fue tomada como una norma jurídica; en la segunda, se manejó como un proyecto político.

Es por esta razón que en Estados Unidos se desarrollaron principios referentes al constitucionalismo, como es el caso del principio de la supremacía de la Constitución, y en efecto, viene a ser la Ley suprema, por lo que a ella se le deben ceñir el resto de las normas jurídicas en el interior del Estado, y debe ceñirse también tanto en contenido como en la forma de expedirse. Por otra parte, en Europa fue la ley no la Constitución, puesto que la ley se entendía como la expresión

de la voluntad soberana. Por su proveniencia desde el parlamento que representa al pueblo y no al rey, la Constitución no pasaba de ser un programa político, e incluso era un instrumento otorgado por el rey en el que hacía constar sus promesas o "buenos deseos".

Esto cambia después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, en donde se convierte a la Constitución en una norma jurídica suprema, a la que debe someterse por el contenido y la forma todo el ordenamiento jurídico del Estado. La Constitución organiza el poder y determina los órganos que lo han de controlar, las materias sobre las cuales tiene competencia, los instrumentos o mecanismos y los procedimientos con los que ha de hacerlo. Para el Estado Liberal de derecho todos nacen libres e iguales, pero esta igualdad es abstracta. Se podría decir que este tipo de estado es abstencionista y la igualdad ante la ley es básicamente formal porque se ve cumplida en el hecho de que la ley es de validez universal y aplicable a todos con el mismo alcance; para esto debe ser igualmente abstracta y no dirigida a una sola persona, principio en el que coinciden el Estado nacido de la revolución americana y el nacido de la revolución francesa. El Estado Liberal tuvo al principio un aspecto revolucionario; en un primer momento constituyó al Derecho en el límite o freno del poder de los gobernantes y, en segundo lugar, en Francia legitimó el traslado del poder del Estado de manos de la nobleza y del alto clero a la burguesía.

c. El Estado social y democrático de derecho

El Estado social y democrático de derecho es un estado garantista e intervencionista. El Estado se vio obligado a reconocer que su abstención en lo económico social y cultural no se justificaba cuando la mayoría de la población carecía del medio para vivir con dignidad, ni podía ser indiferente ante las injusticias en las relaciones de los que más tienen o pueden con los que nada tienen ni pueden o con los que menos tienen y pueden menos. "Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser criterio suficiente. Pero es evidente que, en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación" (Benedicto XVI, 2011).

Los problemas suscitados por la revolución Industrial desataron conflictos sociales, y forzaron a buscarles solución. Las soluciones propuestas se dividieron en tres: las que preveían la desaparición del Estado, las que atribuían al Estado el papel de agente de cambio mediante la corrección de los efectos perniciosos del capitalismo y la adopción de instituciones llamadas a hacer realidad la justicia social. La revolución como solución inspiró el marxismo que preveía la extinción del Estado con el triunfo de una sociedad sin clases y que dio origen, en el periodo de transición, a la dictadura del proletariado e institucionalizó el socialismo de Estado o "socialismo real" en la Unión De Repúblicas Socialistas Soviéticas.

La otra solución partió de la organización de instituciones del Estado de Derecho, esto es de la subordinación del Estado y de los ciudadanos al derecho, del reconocimiento de la persona como titular de derechos que salvaguardan su dignidad eminente, de la división de poderes y añadió a Estado la función de intervenir en lo económico, social y cultural para garantizar además de la igualdad ante la ley o formal, la igualdad real y la distribución de la riqueza.

La denominación de Estado Social de derecho incorpora el Derecho Constitucional con el art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, pero su origen data de la Constitución Mexicana de 1917 y de la de Weimar de Alemania, de 1919. El fenómeno se volvió universal, involucró también a los Estados Unidos donde el concepto fue "rule of law" y se amplió a "welfare state" O "estado de bienstar", modalidad del Estado Social de derecho que, en el mundo cultural anglosajón, adopta especificaciones propias que lo diferencian.

La intervención del Estado se desplazó de lo social a lo económico, mediante el empleo de diversos mecanismos, con el doble propósito de alcanzar el desarrollo económico y difundir el mayor bienestar posible para toda la población, "garantizar la paz social y asegurar una demanda sostenible". La consecución de estos propósitos legitima la expedición de leyes que den "forma concreta al orden económico y social", que pongan a la economía al servicio del pueblo. Para que los ideales de este Estado se concreten, los derechos se plasmen y la libertad formal se vuelva una libertad material, el Estado debe asumir la responsabilidad de organizar y mantener el funcionamiento de los servicios públicos propios que liberan a la persona de necesidades que de no ser satisfechas harían imposible una vida digna, como la salud y el saneamiento ambienta.

d. Del Estado Liberal al Estado Constitucional

"En la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado, nombre que se impuso con Maquiavelo en el siglo XVI, cuando en El príncipe comienza la obra diciendo: 'Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados'. Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI" (Lancheros, 2009).

Debido a las relaciones fragmentadas con respecto al poder en el Estado Liberal de derecho, era importante el intervencionismo de este para solucionar los problemas y los modelos que se planteaban con respecto a un Estado intervencionista. Esto plantea la aparición de lo que podríamos definir como la cuestión social, es decir, las transformaciones culturales y demográficas en cuanto del proceso de industrialización y de las condiciones laborales impuestas a los trabajadores que condujeron a la reacción de los trabajadores en forma de protestas y movilizaciones en contra del gobierno.

Entre las consecuencias, de forma global encontramos dos: los hechos comprobaron que la ley no era inmutable y, por tanto, podía ser modificada, potenciando el poder normativo de lo fáctico. La segunda fue que la ley no aludía a las realidades inmateriales, más bien se enfocaba en hechos históricos y acontecimientos que ya estaban regulados antes por el Derecho.

2. ARGUMENTACIONES JURÍDICAS

"Las decisiones judiciales son el resultado más importante en un sistema de justicia. El interés por el estudio justificativo de estas decisiones ha aumentado considerablemente. Son en gran medida las Teorías de la Argumentación Jurídica, que se desarrollan a partir de la segunda mitad del siglo XX, las que incursionan en el estudio del razonamiento judicial" (Vázquez, 2006).

Actualmente, al analizar sentencias judiciales podemos encontrar ejemplos tanto de argumentos analíticos, como dialécticos y retóricos. Esto muestra que la argumentación jurídica, en su conjunto, recorre todo el edificio de la lógica aristotélica. En este contexto, se valorará

en el margen de las argumentaciones jurídicas que evaluar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción. Por esto se plantean dos ejercicios intelectuales fundamentales: 1. Asumir la metodología propia de la complejidad social permite entender a las instituciones jurídicas, a razón de naturaleza; a esto se suma la aceptación de las estadísticas como un medio para desarrollar la tesis a priori. 2. Unir la teoría con la realidad permite reconocer cómo interactúan las instituciones jurídicas con los usuarios y ciudadanos y si cumplen sus fines o si son un fracaso.

Debido a lo expuesto, "(...) resulta necesario entender los efectos, las implicaciones y la forma con las que el derecho opera en el interior del tejido social, ya que simplemente no sirve de objeto para discusiones abstractas entre especializados juristas o como la razón del desvelo de algún estudiante para su parcial final" (Florez, 2011).

Muchas veces no es factible la pretensión de motivar las decisiones judiciales valiéndose únicamente de la lógica. Asimismo, Flórez (2011) encuentra que para ello existen, al menos, cuatro razones: 1. La vaguedad del lenguaje jurídico. 2. La posibilidad de conflictos de normas. 3. El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente. 4. La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales (Fernández, 2011).

Es obvio que se puede decidir sin argumentar, sin ofrecer ningún tipo de razón, en cuyo caso, el juicio que se haga sobre la decisión no tendrá que ver con ninguna argumentación previa (aunque sí podría tener que ver con la falta de argumentación si se tratara de una decisión que tenía que ser fundamentada). Pero incluso cuando se decide argumentativamente, ambos aspectos pueden separarse: hay buenas decisiones mal argumentadas y, a la inversa, buenas argumentaciones a favor de decisiones erróneas.

Manuel Atienza distingue tres campos distintos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones:

El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas; diferenciándolas a su vez en las argumentaciones que tienen lugar en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase legislativa. La primera se da como consecuencia de la aparición de un problema social, cuya solución se piensa que puede ser la adecuación

de una medida legislativa. Podemos asegurar que en este caso la argumentación la encontramos en los trabajos legislativos, en los debates y, desde luego, en la exposición de motivos que da nacimiento a esa ley. Además, este autor explica que, en la fase legislativa, la argumentación la encontramos en las cuestiones de tipo "técnico-jurídico", las que pasan a un primer plano.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos dice este mismo autor, es el de aplicación de normas jurídicas al caso concreto, con la distinción entre la argumentación en relación con problemas concernientes a los hechos o bien al Derecho. Así se asegura que la argumentación jurídica dominante se centre en las cuestiones de los casos difíciles relativos a la interpretación del Derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia.

El tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica en la que cabe distinguir tres funciones: 1. Suministrar criterios para la producción de criterios en las diversas instancias en que ello tiene lugar. 2. Suministrar criterios para la aplicación del Derecho. 3. Ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones. Al respecto, Atienza sugiere que de lo que se trata es de suministrar a esos órganos criterios —argumentos— dirigidos a facilitarles la toma de una decisión jurídica consistente en aplicar una norma a un caso concreto.

Al referirnos a los vicios en la argumentación a la hora de hacerlo incorrectamente (esto es a las falacias), haremos alusión a ellos únicamente en cuanto a las diversas categorías en las que Toulmin las clasifica: 1) de una falta de razones, 2) de las razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades.

1. Respecto a la primera, menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.

2. De las razones irrelevantes, cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma. Claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar ad ignorantiam, en apelar al pueblo, etc.

3. Las falacias debidas a razones defectuosas se presentan cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica. Sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.

4. Las falacias debidas a suposiciones no garantizadas parten del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad. Cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.

5. Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división) (Meza, 2006).

Es necesario argumentar en materia jurídica porque un sinnúmero de disposiciones legales se encuentra abiertas a interpretaciones, producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos que pueden producir decisiones y motivaciones ilegítimas. Es importante resaltar qué se entiende por textura abierta.

"La idea de textura abierta se contrapone a la imagen —llamada, por Hart, como el paraíso de los conceptos— que presupone que el lenguaje jurídico es claro y preciso, que no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta". Desde luego, el mismo Hart reconoció que no todo es abierto. Hay casos de aplicación clara, pero también hay casos de aplicación dudosa. Particularmente, él explicó que "habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables ('es indudable que un automóvil es un vehículo')" y agrega "pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ('la palabra vehículo, tal como se la usa aquí ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?')".

La posición de Hart de distinguir entre textos claros y de textura abierta no es una posición uniforme en el mundo académico jurídico. Hay diversas posturas al respecto. Guastini alude a tres teorías respecto a la interpretación del derecho. Las tres teorías son las siguientes:

- La teoría de la interpretación de la ilustración
- El escepticismo realista
- El neocognitivismo contemporáneo

Para la primera (interpretación de la ilustración) los textos normativos contienen un solo sentido; la ambigüedad, la vaguedad y las interpretaciones encontradas por concepciones ideológicas no es aceptado. Esta teoría parte de la idea de que el texto normativo tiene un "sentido unívoco y susceptible de ser conocido y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos". Los autores que sostuvieron esta posición fueron principalmente los franceses Demante y Demolombe. Actualmente, es difícil encontrar a alguien que sostenga esta posición.

Para la segunda teoría (el escepticismo realista) todos los textos normativos pueden dar origen a una confrontación "se toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, y extrae como consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido objetivo en los textos normativos". Un ejemplo de esta posición se presenta en el autor anglosajón Duncan Kennedy, quien afirma lo siguiente: "si usted me dice que siempre existe una respuesta correcta a un problema jurídico, yo le contestaré, armado de todos estos casos en los que mi experiencia fue, que la ley es indeterminada, o que fui yo quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política".

Para la tercera teoría (neocognitivismo contemporáneo) hay textos normativos claros, pero también ambiguos y vagos. Es una especie de teoría intermedia entre la teoría de la interpretación de la ilustración y el escepticismo realista. La mayor parte de autores que se citaran adelante pertenecen a esta posición.

Concretamente esto engloba a la tercera teoría que sobresale como una de las más apropiadas para explicar la importancia de la argumentación. (Moreno, 2012)

3. RACIONALIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES

Dado que "el razonamiento jurídico, es una estructura de pensamiento que no solo incluye elementos de la lógica formal, sino también de la lógica dialéctica, lo que permite vislumbrar la necesidad de un análisis desde la Filosofía del Derecho como de la Teoría General del Derecho. Este tipo de razonamiento pretende alcanzar cierto grado de verosimilitud, al fundarse en argumentos retóricos que lo constituyen y estructuran" (Garate, 2009). El operador judicial no solo debe englobar su motivación en un proceso preestablecido, las circunstancias en las que se dan los casos nunca son las mismas y hay factores importantes que tomar a consideración para la resolución, por esto, se estimará el análisis de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial.

Se entiende por lo dicho que al trastocar la lógica tradicional con lineamiento en la razón y la construcción lógica lo criterios se deben enlazar mediante relaciones lógicas, cuya necesidad no se derive del contenido, sino del valor del enlace deductivo. La concepción racionalista se entiende como normas universales, eternas y autosuficientes. Los jueces utilizan este método porque invoca la lógica formal que no es más que un juicio lógico que comienza de (i) la norma general (premisa mayor), lo correlaciona con (ii) un hecho relevante (premisa menor), para tomar una (iii) decisión (conclusión). Es así como, en este caso, el juez no tendría voluntad alguna y sería un proceso netamente mecánico.

Con respecto al dualismo, "a pesar de que las normas positivas sean el resultado de las elecciones libres del legislador, sin un principio objetivo que valide su obligatoriedad y justicia, estas determinaciones no serían sino el resultado del abuso de poder. Este principio de legitimidad de las leyes humanas se encuentra en la propia razón natural; por eso se ha dicho que la justicia de las leyes escritas depende de su grado de conformidad o disconformidad con la norma de la razón, que es la ley de la naturaleza" (Contreras, 2013). Aun no se desvincula del dualismo con respecto al derecho positivo-derecho natural.

"Las soluciones judiciales en el seno de un Estado de Derecho deben tener en cuenta los valores e intereses en pugna, calificados por el legislador previamente con carácter general y abstracto" (Garrido, 2009). Desde esta perspectiva, el derecho positivo tiene que responder a una sistematicidad constructiva de un mecanismo de seguridad que remita a valores, como la libertad, la seguridad y la igualdad. En

este sentido, por medio de la motivación de las sentencias, se pretende que el juzgador manifieste las razones de su decisión apoyándose en el derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta es consecuencia de una exegesis racional del Ordenamiento; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información que se precisa para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

Enfocándose más allá, las razones se deben a la necesidad de garantizar los derechos de quien es parte en un proceso. Un primer grupo de razones se explica por qué es una garantía del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es derivación de una exegesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad. Con respecto a una segunda clase de razones, tendríamos que suscribir que un Estado de Derecho implica que los poderes públicos queden sometidos al Derecho y que los órganos jurisdiccionales ejerzan su control, control que sólo se legitima en la aplicación del Derecho y de ahí la necesidad de que hayan de motivar sus resoluciones. Desde la visión del Estado democrático, lo que se pretende es el convencimiento de las partes y de la opinión pública, por lo que, si el poder judicial emana del pueblo entonces éste debe conocer la forma en la que se ejerce para controlar a sus titulares.

La incidencia de los precedentes en la predecibilidad de las decisiones judiciales se debe ligar principalmente al principio de igualdad, habiéndose de tener en cuenta que casos iguales tengan un tratamiento similar. Su justificación por la vía de la igualdad incide en la racionalidad de la argumentación, pero el principio no significa reiterar la jurisprudencia porque no valoraríamos el contenido y seguir los precedentes no es sólo reiteración, sino apartamiento motivado. La aclaración recae en que lo esencial es el seguimiento justificado, la jurisprudencia se ha de valorar tanto para ser seguida como para separarse de ella con un cambio en el fundamento de su relevancia, puesto que ha pasado de pensarse como atribución de valor relevante a la obligación de motivar la decisión (motivar el seguimiento y, aún más, el cambio). De esta manera, la explicación se desenvuelve en cuanto la actividad judicial es una actividad práctica de argumentación racional, expresiva de un compromiso entre la predecibilidad de las decisiones y la justicia vinculada a aspectos morales o práctico-generales.

Jurídicamente, cabe asumir que un enunciado judicial general que sirve de justificación a una decisión deberá utilizarse en todas las posteriores que consistan en casos idénticos. Además, llegados a este punto, surge la duda de si podemos sostener que existan dos casos idénticos, y si, en la hipótesis negativa, podríamos concluir que los fallos de esos dos supuestos han de ser diferentes. Más, bajo estas circunstancias, lo que se suele argüir es que, a pesar de que sólo haya relación y no plena identidad porque haya cambiado la realidad, lo normal es que esas modificaciones no se hagan relevantes a tales efectos (Garrido, 2009).

La motivación en las decisiones judiciales, a parte de ser un deber para el poder público, es también un derecho fundamental exigible jurisdiccionalmente. La motivación se repite, es una realidad plural que se dimensiona como deber y derecho. La postura de la mayoría de la cultura jurídica ecuatoriana es contraria a admitir la acción de amparo cuyo objeto sea la tutela de un derecho fundamental lesionado por una actuación del poder judicial.

Ahora bien, no es el único método que ellos pueden utilizar para tomar estas decisiones y tampoco la abundancia en cuanto a exigencias lógicas es suficiente para sostener su legitimidad. Dado que, los jueces no solo realizan una actividad cognitiva neural para la resolución, también deben ser sensibles en relación con la valoración del contexto económico y social.

"Lo de la exactitud y certeza me devuelve a la cuestión del carácter interpretativo del Derecho. Por supuesto que el Derecho no es una ciencia exacta, y por supuesto que la toma de decisiones y el razonamiento jurídicos justificativo carecen del carácter demostrativo que su reconstrucción en forma silogística parecería atribuirles" (MacCormick, 2007).

4. CONCLUSIONES

La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. ¿Cómo el Estado de Derecho se vincula al proceso de la creación de un artefacto

a partir de un hecho social, desarrollado en otras palabras como el sistema jurídico? La creación de instituciones, como se ha mencionado, responde al control tanto político, constitucional, como jurisdiccional del Estado de Derecho, y a su vez, recae en potenciar la estabilidad de una determinada sociedad.

Por otro lado, la argumentación jurídica intenta lograr un equilibrio entre esas dos ideas de consenso. Quien argumenta razonablemente se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para lograr un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable: "puesto que estamos de acuerdo en X, deberíamos de estarlo también en Y", además, debería seguir una estrategia de abajo hacia arriba, esto es, evitar en la medida de lo posible que el discurso de justificación llegue a niveles muy profundos, en los que se vean afectados los valores más fundamentales y sea más difícil obtener un consenso.

Se puede concluir que, en este sentido, se lleva a la racionalidad como una herramienta aplicable que el operador judicial puede usar en cuanto se utilice correctamente, conforme a las reglas de la lógica que permitan controlar su validez y motivación interna en la decisión judicial. La racionalidad instrumental es modelo más simple y establece la selección de una acción, por un lado, en virtud de las consecuencias que esta genera y, por otro lado, las preferencias de los individuos respecto de dichas consecuencias. En esta línea, la lógica jurídica y el desarrollo de habilidades y competencias son la clave para demostrar la practicidad del derecho al resolver casos con circunstancias variables y en diferentes contextos.

La tarea de los jueces dentro de un marco de Derecho Constitucional, superador de la idea simple de Estado de Derecho, es fundamental. Amén de la función pública que desarrollan, son ellos, en último término, quienes al adoptar una decisión resuelven un conflicto que puede, en el mejor de los casos, afectar a un individuo, pero como en el caso del Tribunal Constitucional español, también puede afectar a una colectividad e incluso a otros poderes. Así, la labor de justificar las decisiones judiciales juega un papel trascendental, no solo en la concepción del derecho, sino en la concepción misma de la labor de los jueces por parte de la sociedad (Vázquez, 2006).

Discutible es la necesidad de obtener el consenso, lo cual no sucede siempre en el campo del Derecho. Tampoco es determinante la obten-

ción de una decisión justa "aquí y ahora", sino más bien una decisión razonable adecuada al Derecho vigente y a unos criterios mínimos de racionalidad. Tampoco se puede considerar el mundo del Derecho como un conjunto de aporías, dado que existen multitud de normas, más claras en su contenido algunas que otras, cuya virtualidad práctica depende de los casos concretos en que se haya de aplicar y de la simplicidad o complejidad con que tal caso se presente.

En cuanto a las posturas existentes en el Ecuador hay tres claramente identificables. Dos posturas fundamentadas en dos principios distintos niegan la posibilidad de tutelar, mediante amparo constitucional, cualquier derecho fundamental cuya afectación tenga como origen una actuación del poder judicial. La tercera, en cambio, sí se abre ante esta posibilidad.

Primera Postura

La primera postura, cuyo exponente más relevante es el procurador general del Estado, se la puede retratar en la contestación que este hace de las preguntas del poder legislativo señaladas más arriba. En la contestación argumenta lo siguiente: admitir que el amparo se ejerza contra providencias judiciales, implicaría incertidumbre en la administración de justicia, además de que pondría fin a la vigencia de uno de los postulados básicos de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, el principio de cosa juzgada, que se traduce en su carácter de ser inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos; consecuentemente, se considera improcedente que las decisiones judiciales del poder judicial en adelante.

Segunda Postura

La segunda postura es la más difundida en el foro jurídico: detrás del segundo inciso del Art. 95 y 276 de la CPE, se encuentra el principio institucional de la independencia del poder judicial, por lo tanto, sería inadmisible que un órgano constitucional como el Tribunal Constitucional invada el ámbito exclusivo de competencia del poder judicial.

Tercera Postura

Una tercera postura, sustentada por el Dr. Jorge Zavala Egas, con la cual básicamente estamos de acuerdo dice: sólo no es susceptible de afectar mediante la acción de amparo el fondo de Derecho resuelto, en términos de legalidad ordinaria, por una actuación judicial, esto es, la materia litigiosa decidida en una providencia no puede ser objeto de amparo. La vulneración del derecho fundamental, sí. (Luque, 2006)

Conforme a una concepción positivista, la parte dispositiva de una sentencia, para estar justificada, debe poder inferirse formalmente a partir de las premisas invocadas por el propio juez. Es decir, la justificación de la resolución final del juez está asociada a la realización de un argumento práctico, en sentido lógico, en el que las disposiciones jurídicas aplicables constituyen premisas normativas suficientes para justificar la conclusión. Esta propuesta positivista ha dado lugar a dos fuertes críticas. La primera de ellas, en la que no me detendré aquí, señala la inaplicabilidad de un argumento práctico, en sentido lógico. La segunda, que trataré de analizar en los párrafos que siguen, señala la necesidad de recurrir a normas morales para que la justificación sea válida.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benedicto XVI (2011) J; Margenat S.I.; Hedwigh Marzolf; J Senent (Coment.) Sobre los fundamentos del Estado liberal de derecho discurso ante el Parlamento de la República Federal Alemana, Berlín 22 de septiembre de 2011, en *Revista de Fomento Social* nº 263 (julio-septiembre), pp. 545-559

Castro, N. (2008). Poder Constituyente Y Estado De Derecho. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (24).

Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. Kriterion: *Revista de Filosofía*, 54.

Dermizaky, P. (2000). Estado de Derecho y Buen Gobierno. *Revista Ius et Praxis*, 6 (2), 151.

Fernández, G. (2011). Una Mirada A La Argumentación Jurídica Desde La Lógica Aristotélica. *Revista de Ciencias Jurídicas* (126), 33.

Figueroa Navarro, A. M., & Huayta Rodríguez, M. E. (2011). *Deducción y Didacticismo: Reflexiones Sobre Su Funcionalidad En La Decisión Judicial.* UNIFR.

Flórez, D. (2011). Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle. *Revista de Derecho* (35), 1-31.

Garate, R. M. (2009). El razonamiento jurídico. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales.*

Garrido, M. I. (2009). La Predecibilidad De Las Decisiones Judiciales. *Ius et Praxis,* 15 (1).

Himma, K. E. (2014). *Positivismo jurídico incluyente. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 8.

Lancheros, J. (2009). Del Estado Liberal al Estado Constitucional. *DIKAION* (18).

Luque, E. L. (2006). La Motivación De Las Decisiones Judiciales Y El Amparo Constitucional: Una Salida A La Crisis Institucional Del Poder Judicial En El Ecuador. 1. *Revista Jurídica de Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (1).

MacCormick, N. (2007). “La argumentación silogística: una defensa matizada”. *Revistas - DOXA* (30).

Meza, E. (2006). Argumentación e interpretación jurídica. *Revista Del Instituto De La Judicatura Federal*, 91-113.

Moreno, R. (2012). “Argumentación Jurídica, Por Qué Y Para Qué* Legal Argumentation, Why? And What For?” *Revista del IIJ*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado (133).

Rosales, F. J. (2010). *LOGICA JURIDICA: Instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante.* Guatemala: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Rafael Landívar.

Vázquez, O. (2006). La Argumentación Jurídica En El Tribunal Constitucional Español: Los Casos Fáciles, Difíciles... Trágicos. R*evista Telemática de Filosofía del Derecho* (9).

Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* (20).

Recibido: 09/08/2017

Aprobado: 14/11/2019

Marìa Isabel Ruiza Vaca: Investigadora jurídica independiente

Correo electrónico: isaabelruiz12@gmail.com

Regulação laboral e mercado: uma revisão ao albor do liberaismo clásico

Labor and market Rregulation: a review of classic liberalism perspective

Dr. Raúl Alosilla Díaz
Investigador jurídico independiente

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 359-386, ISSN 2588-0837

RESUMO: O presente artigo faz uma reflexão acerca das implicâncias econômicas da regulação laboral, é assim como surge um critério para melhorar as condições dos trabalhadores. Se analisa os diferentes mitos e premissas em que as regulações laborais refletem sobre sua aderência teórica.

PALAVRAS-CHAVE: regulação do trabalho, mercado, direito e economia, liberalismo, troca econômica.

ABSTRACT: This paper aims to review the economic implications of labor regulation, seeks to describe the causes of the labor problem, as well as suggesting criteria to improve the conditions of workers. We analyze the different myths and premises on which labor regulations are based and reflect on their theoretical hold.

KEY WORDS: : labor regulation, market, law and economics liberalism, economic exchange.

INTRODUÇÃO

O problema do trabalho está em nosso meio, é um problema que nunca acaba. Mesmo nos países do terceiro mundo e nas potências mundiais, encontramos regulamentação do trabalho em todos os lugares, na tentativa de livrar-se do desemprego, baixos salários exploração, etc. e guiados pela sensibilidade social que não permite dormir aos

legisladores sem eles ter em sua consciência e a satisfação de que eles fizeram algo para ajudar aos trabalhadores.

Por outro lado, os estúdios, livros, artigos e outros, cujos autores são comovidos pela mesma sensibilidade, lidam com a questão do trabalho, partindo de premissas das quais inferem que o estado deve regular as relações industriais, propondo receitas engenhosas, sempre a favor do trabalhador.

Então nasce a lei trabalhista. Aqueles que promoveram esta rama do direito reconhecem a importância do trabalho na dimensão econômica e envolvimento social (a tal ponto que é creditado com ser a causa da transição do macaco para o homem), no entanto, basear esta disciplina em sua natureza intuitiva, que começou a ser mulheres e crianças, no momento da revolução industrial, mas que em seguida se espalhou para os funcionários masculinos e adultos.

Apontam, do ponto de vista jurídico, que a relação laboral não pode ser assimilada á do contrato de trabalho ou de arrendamento, que é autônomo, devido a desigualdade original entre o trabalhador e o empregador, existe também uma posição respectiva no próprio trabalhador e relação: a dependência ou subordinação de um para o outro. Este último caracteriza e, em último análise, informa a regulamentação do trabalho, razão pela qual os contratos de localização de serviços ou obras são excluídos da proteção.

Assim, o contrato de trabalho torna-se a cobertura jurídica da troca de benefícios salariais trabalhistas. Uma vez que, eles apontam, há interesses conflitantes entre o trabalhador e o empregador (respectivamente, que fornece trabalho dependente e que domina os meios de produção), e que estes constituem a raiz do trabalho salarial, há um conflito social estrutural na natureza. Neste momento, a regra do trabalho entra em jogo para impedir a realização absoluta dos interesses de uma parte, ou seja, a plena satisfação de um à custa da contraparte, impondo uma solução de equilíbrio.

Este conflito social surge da substituição do sistema feudal pelo sistema econômico capitalista, tornando-se assim o pilar desse sistema, de modo que o direito do trabalho é chamado a servir no processo de sua jurisdição e institucionalização.

Este artigo tem como objetivo refletir sobre as implicações econômicas da regulação do trabalho, procura encontrar as causas do problema do trabalho, bem como sugerir um critério para melhorar as condições dos trabalhadores. Vamos analisar os diferentes mitos e premissas em que os regulamentos trabalhistas são baseados, e verificar se eles têm sustento real. Mas não só isso. Também queremos soluções. E neste sentido, como o texto introdutório sugere, a solução é criar riqueza em vez de redistribui-lo através de regras que impõem equidade. Isso não só destrói a pouca liberdade que deixamos em um estado onipotente, mas acaba fazendo-nos participantes de tal imoralidade, aceitando com um *bowhead* e até mesmo defendendo e justificando seu patriarcado.

1. A ESCOLA

Todas as questões em economia surgem de um simples fato: a escassez. Definindo o sentido que os desejos sempre excedem os recursos disponíveis para satisfazê-los, uma vez que os desejos simplesmente não têm limites. Esses recursos que atendem às nossas necessidades são o que chamaremos de mercadoria.

Porque na sociedade moderna o princípio da especialização e divisão do trabalho governa, no sentido de que o homem tende a produzir um ou um pequeno grupo de bens que são mais fáceis para ele produzir e naqueles que incorrem o menor custo (para sua produção) do que e qualquer[97] outra pessoa, devido às habilidades particulares que eles têm e, em geral, a vantagem comparativa que eles têm, o intercâmbio é a base da sociedade moderna, pois é o veículo para a satisfação das necessidades do indivíduo.

São as trocas, ou seja, as transações no mercado, que nos proporcionam uma estrutura sólida na sociedade capitalista.

97 Isto em um sentido muito geral, desde que as transações exigem mais que os bens sejam avaliados subjetivamente em uma maneira diferente.

1.1. Onde é que a relação de trabalho vem neste esquema?

O trabalho é um fator importante na cadeia produtiva. Nada pode ser produzido sem trabalho, e se como já foi sinalado, os desejos são ilimitados, produzindo somente o necessário.

O fato do "conflito social" entre o empregado dependente e o empregador (conflito de classe de trabalho e burguês) não é por si só estrutural ou definidor da nossa sociedade atual, uma vez que o mero fato da dependência é uma característica peculiar de um tipo de Exchange. Este último, portanto, persiste como o sustento do capitalismo.

A literatura marxista utiliza a análise de classe para explicar a estrutura social de um país capitalista e, nesse sentido, confronta aqueles que controlam os meios de produção contra os trabalhadores empobrecidos: o proletariado. Essa explicação é bastante implausível em uma sociedade como a nossa. Assim, Hernando de Soto observa: "uma vez que os trabalhadores industriais no Peru não constituem uma classe predominante, e uma vez que um sistema econômico mercantilista prevalece no país e não uma economia de mercado, é inadequado definir o conflito de classe em termos de burguesia e proletariado " (de Soto, H. 1989).

Assim, sem descartar a utilidade da análise de classe, ele continua: "O trabalho realizado pela ILD revela que a verdadeira polarização do Peru é dada por aqueles que têm acesso a instituições jurídicas e aqueles que têm de trabalhar em ou fora das margens "(de Soto, H. 1989).

Assim, o poder do empregador sobre o trabalhador, ou o que é o mesmo, a dependência do trabalhador constitui apenas uma das estipulações no contrato, em que o funcionário concorda em obedecer às instruções de um empregador dentro de certos limites. Em outras palavras, o empregado e o empregador entram em um contrato perfeitamente civil pelo qual o empregado vende seu tempo, habilidades e energia ou esforço, em troca de remuneração monetária, com um dos termos contratuais sendo subordinação, ou seja, que o empregado é disponibilizado à procuração do empregador.

Por outro lado, a poupança da parte fraca da relação de trabalho é um novo truque. A parte fraca parece ser definida como aquela com menos poder de barganha ou com o poder menos econômico. Todavia, se o Estado vier a ser auxiliador de todas as transações em que exis-

ta desigualdade, deve estar expresso em todos os contratos, incluindo contratos civis, que seja claramente ineficiente e restritivo da liberdade de contratação e contratual. Além disso, parte de uma falsa suposição. Quando uma transação é realizada no mercado, livre, não há nenhuma maneira que não é benéfico para ambas as partes, cada um considera o que faz como um bom negócio, porque se não fosse, não iria aceitá-lo. E é um bom negócio em termos do custo que viria se eles não celebraram, o que é determinado pelas circunstâncias. É provavelmente verdade que alguma parte ganha mais do que o outro, mas isso não prejudica o fato de que ambos ganham em maior ou menor proporção.

No caso dos contratos de trabalho, os empregadores não exigem que os funcionários assinem um contrato que considera ser maus, mas são ambos que voluntariamente, calculando seus custos e benefícios de contratar, aceitar, acreditando firmemente que melhorar a sua satisfação. Quem é o legislador para dizer o que eles devem querer?

Apesar disso, pode-se perguntar: Então, por que os trabalhadores são tão mal pagos? A resposta é simples. Se eles aceitaram voluntariamente, acreditam que ser empregado nestas condições é melhor do que não ser empregado. Esta revelação nos deixa com um gosto; parece-nos que os trabalhadores devem ganhar mais, ter conforto, ser capaz de desfrutar o fruto de seu esforço. Isso é exatamente o que este artigo presenta.

2. NÃO FUNCIONA UMA MERCADORIA?

O trabalho não é uma mercadoria, não pode ser tratada da mesma forma. Aqueles que apontam que o contrato de trabalho pode ser assimilado ao direito civil, são depreciativos ou desconhecem o significado transcendente do trabalho.

Certamente, o argumento pode ser aceitado, o trabalho não é um produto próprio, e seja muito importante etc. mas do ponto de vista econômico, é um bem, e tem o mesmo raciocínio econômico que qualquer outro. É um fato que não pode ser desconhecido, uma vez que a interpretação errónea pode levar-nos a políticas catastróficas.

O mercado[98] de trabalho, então, funciona como qualquer outro mercado: está sujeita às leis de oferta e demanda. Em outras palavras, qualquer intervenção num tal mercado terá necessariamente efeitos económicos, que são, na sua maioria, prejudiciais para o desenvolvimento normal do mercado como mecanismo atribuído aos recursos. Em um mercado,[99] os preços determinam o que é produzido, quanto é produzido, e para quem é produzido, através da concorrência.

A lei da demanda diz-nos que quando o preço de um bem aumenta, a quantidade exigida desse bom diminui, e, pelo contrário, se o preço diminui, os compradores serão mais dispostos e capazes de comprar mais, isto é, a quantidade exigida aumentará. A lei da oferta segue o padrão oposto: se o preço aumenta, isso atrai os produtores, e a quantidade oferecida aumenta; mas, se o preço cai, desencoraja aqueles que produzem aquele bom, assim que a fonte diminui.

No entanto, a única coisa que pode ser derivada de nossas teorias são proposições muito gerais, tendências, ou *previsões padrão*. A teoria macro, no entanto, às vezes recebe essas previsões que nós não poderíamos obter de outra forma. Por exemplo, quando baseamos o nosso raciocínio nas leis da oferta e da procura, embora tenhamos conhecimento de que, em determinadas circunstâncias, o resultado pode ser o oposto.

Os preços são determinados quando um de nós adquire um produto a um determinado preço, de modo que essa informação seja alimentada de volta ao sistema, e assim, cada transação está mudando constantemente os padrões no mercado.

A pedra angular deste sistema é que todos nós atuamos em nosso próprio interesse: os compradores procuram adquirir mais bens a fim encontrar mais necessidades com seus recursos escassos, e, de um lado, produtores, preferem conservar seus recursos escassos, para aumentar a produção e a produtividade, reduzindo os custos ao máximo.

98 O mercado de um bem é uma descrição abstrata de um número inestimável de transações desse bem, realizado por milhões de pessoas livres, em que cada um deles acredita que está se beneficiando de seu negócio particular.

99 O mercado, sendo um sistema de alocação de recursos, que inclui todos e cada um de nós interagindo voluntariamente, é sempre livre. Qualquer intervenção coercitiva distorge e modifica a alocação de recursos a que o mercado teria chegado. Ergo, o termo “mercado livre” é redundante.

No mercado de trabalho, os trabalhadores se tornam os proponentes de sua força de trabalho, enquanto os empregadores são os que exigem aquele produto.

Vamos começar com o desemprego. Como o trabalho é um fator de produção escasso, muito importante, é difícil acreditar que, desde onde os arranjos contratuais são livres, pode haver pouco a poupar. Em qualquer mercado, onde há uma boa oferta de trabalho (neste caso, excesso de trabalhadores ansiosos para ser contratado) significa que aqueles que exigem para adquirir esse bem não quer ou não pode adquiri-lo aos preços em que são oferecidos, de modo que o preço tende a diminuir até (1) os licitantes são desencorajados e o montante oferecido diminui, e/ou (2) os demandantes são capazes e ansiosos para contratar a esse preço.

Uma vez que, no caso do trabalho, as pessoas não sejam subjetiveis de optar por sair do trabalho, o preço do bom trabalho tenderá a cair quando o desemprego existe até que o desemprego desaparece. É por isso que, sendo o mercado de trabalho como qualquer outro, se os preços são autorizados a ser flexíveis, se os empresários são autorizados a criar indústrias, novas formas de fazer as coisas, sempre haverá uma tendência para o pleno emprego. E isso é o máximo que você pode pedir. Uma tendência não garante que haverá emprego para absolutamente todos. O mercado de trabalho está constantemente criando e destruindo oportunidades de emprego a produção é reorganizada luz de mudar as necessidades dos consumidores e novas tecnologias. De tempos em tempos, há uma taxa de desemprego natural.

Neste ponto, deve notar-se que existem dois tipos de desemprego: o desemprego voluntário, que não constitui uma oferta em si mesmo que o indivíduo não oferece ao mercado a sua força de trabalho (por exemplo, ele espera que os preços a subir, ou este feriado), e desemprego que é um excesso de fornecimento de trabalho. Porque o homem deve oferecer seus serviços de acordo com o que os outros precisam, e não de acordo com o que ele acha que deve precisar (ou dependendo do que ele preparou), insistindo em oferecer serviços que ninguém quer seria estar desempregado voluntariamente.

Em 1932, o professor de inglês Edwin Cannan (p. 425) procurou uma explicação por que muitas economias industriais estavam sofrendo de desemprego maciço. Ele explicou que muitos estavam errados ao pensar que a razão era que não havia demanda suficiente para os

serviços que os desempregados poderiam realizar. Cannan disse que o desemprego global foi o resultado de "pedir muito" generalizada. Esta visão (o desemprego causado por demandas muito elevadas do salário relativo a o que os Mary querem e podem ter recursos para) foi sucateado por mais de 50 anos. Em vez disso, os keynesianos insistiram que o desemprego é causado por uma quantia agregada muito baixa em relação ao número de todos aqueles que procuram trabalho. Eles propuseram estimular a demanda. Como já salientámos numa sociedade livre, a tendência é sempre um pleno emprego. O que Cannan considerou do desemprego é o que comumente conhecemos como desemprego voluntário. Por outro lado, o desemprego que os keynesianos estão falando é involuntário, que é o resultado de políticas regulatórias.

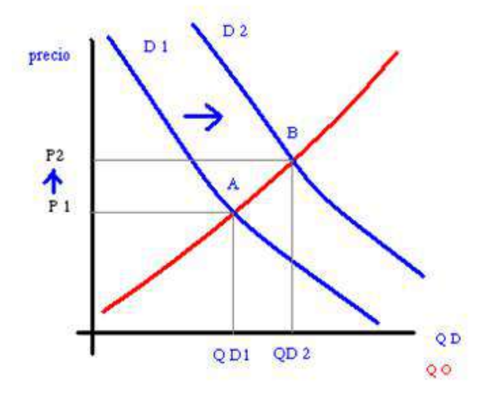
Quando a oferta e a demanda tendem a equilibrar, os preços caem, e isso significa salários mais baixos, o que é preocupante também. Uma vez que o capitalismo é a "supremacia do consumidor" como mal descrita, é consumidores comprar mais ou menos de um determinado produto que também determinam o quanto desse bem deve ser produzido, e indiretamente quanto deve ser pago aos trabalhadores. Porque o empregador não pode pagar o seu trabalhador mais do que ele/ela relata na produção, isto é, uma vez que o salário é baseado na produtividade do trabalhador, se quisermos que o salário do trabalhador aumente, a produtividade do trabalhador deve aumentar também.

Há outro elemento adicional: num país onde a pobreza é grande, não se pode esperar que os salários sejam elevados.

Tanto a produtividade quanto a pobreza, e assim elevar os salários, dependem da taxa de capitalização, ou seja, o aumento do capital investido per capita (por trabalhador) é o único método de elevar o padrão de vida dos trabalhadores. "Todos os outros métodos, porém, populares, não são apenas inúteis, mas representam um prejuízo para o bem-estar daqueles que procuram beneficiar." Aumentar a taxa de capitalização envolve o investimento em máquinas, equipamentos, treinamento de trabalhadores, para que eles aumentem sua produtividade. Hayek descreve desta forma: "Eu acho impossível duvidar que a produtividade do trabalho de um país e, consequentemente, o nível de salários que o pleno emprego torna possível, depende da distribuição dos trabalhadores em vários ramos da indústria, e que a distribuição é determinada pela estrutura salarial. "

Desta forma, os mitos que sustentam a legislação laboral caem: diz-se, por exemplo, que os salários dependem de quão generoso é o empregador, se ele abusar do pobre empregado muito ou pouco.

Em uma sociedade livre, o empregador compete com outros empregadores para esse fator escasso: trabalho. Esta competição tende a elevar o nível de salários, mas apenas até certo ponto. Cada empregador está disposto a pagar ao seu empregado um máximo, mas quando não há muita concorrência, eles sempre procuram pagar o mínimo possível, a fim de minimizar os seus custos. Como mais capital doméstico ou estrangeiro é investido em empresas, a demanda por trabalho aumenta, e assim a concorrência para ele.



No gráfico,[100] a situação a denota um estado de pleno uso em um nível de preço P1.

Quando a demanda (de Q1 a Q2) aumenta o mercado, como ele tende a equilibrar ele vai passar para uma situação B, o que resulta em um aumento no nível de preços. P2

É graças a esta competência que o empregador não pode explorar o trabalhador até que o mesmo mercado o permita, o que depende do nível de capital investido. Quanto mais capital é investido, mais tecnologia e produtividade, portanto, os salários aumentam. Nos Estados Unidos, por exemplo, o capital investido *per capita* é mais elevado uma

100 P-preço; QD-quantidade exigida; QO-quantidade oferecida; D-função de demanda. A curva em vermelho é a oferta, que permanece estável.

vez que tem colocado menos obstáculos a poupança e acumulação de capital, é diferente aos países do terceiro mundo, como o Peru, e é por isso que um trabalhador ganha muito menos do que um trabalhador de um país subdesenvolvido.

O poder de barganha, ou o status econômico do empregador como uma ferramenta de funcionamento, é então uma falácia uma vez que depende exclusivamente do nível de salários no mercado, que por sua vez depende do capital acumulado. Poderia um milionário do Peru ir para os Estados Unidos, e porque ele é muito poderoso, oferecer para pagar dois dólares a hora a um trabalhador da construção? No Peru, você poderia certamente fazê-lo, porque o nível de remuneração para essa atividade é baixo, mas não em um mercado como dos EUA, onde os níveis de pagamento são muito elevados.

No entanto, é necessário que, para a acumulação adequada de capitais, seja através da angariação de poupanças externas, do reforço do capital doméstico e da poupança, para que exista um enquadramento institucional adequado que torne o investimento atrativo: a proteção dos direitos de propriedade, um sistema judicial independente, uma Constituição limitante do poder político, segurança jurídica, etc.

Tendo uma ideia introdutória de como o mercado funciona, parece apropriado explicar o porquê das relações laborais dependentes. Os contratos de localização não são suficientes? A resposta a esta pergunta tem a ver com a análise por que é necessário que haja funcionários subordinados a esse mecanismo, o que indiretamente nos leva a nos perguntar sobre a natureza da empresa. Uma visão coerente e convincente foi delineada por Ronald H. Coase no final da década de 1930. Ele argumentou que as empresas eram como ilhas de poder consciente, por enquanto, fora deles, o mecanismo de precificação alocados recursos coordenando as ações dos indivíduos, no entanto, dentro da empresa, essas transações são eliminadas e, em vez do mercado, é o empreendedor-coordenador que dirige a produção.

Já dentro da empresa, o empresário coordena os fatores de produção. É por isso que você precisa controlar os fatores, incluindo o fator de trabalho. Esta substituição, de acordo com a Coase, destina-se a poupar os custos de utilização do mecanismo de precificação, ou seja, *os custos de transação* (custo de negociação e celebração de cada contrato). Assim, em vez de o empregador entrar em uma série de contratos com os fatores com os quais ele está cooperando, como seria

o caso no mercado, ele só vai assegurar um. Portanto, o empregado compromete-se a seguir as ordens do empregador dentro de certos limites estipulados no contrato de trabalho.

3. LIBERALISMO, PROPRIEDADE E TRABALHO

O respeito irrestrito aos projetos de vida dos outros é o liberalismo. Baseia-se em noções éticas, no entanto, o capitalismo, uma expressão liberal na economia, tem recebido fortes objeções "éticas", que são realmente resultados do mal-entendido do escopo do mercado.

Há uma forte suspeita, rejeição e demonização do liberalismo. A natureza não intuitiva do raciocínio econômico é uma arma poderosa nas mãos de seus inimigos, não é concebida como um sistema guiado por interesse próprio, e com plena liberdade pode coordenar todas as ações e alcançar um bem comum. Este é um fenômeno que "viola o senso comum que a maioria das pessoas simplesmente pensam que não pode ser. Para entender por que é que os homens bons em posições de poder produzem o mal, enquanto o homem comum, sem maior poder do que a capacidade de cooperar voluntariamente com seus vizinhos produzirá o bem, requer análise e pensamento, subordinando emoções e a faculdade racional" (Friedman, M. 1994).

A consequência é o estatismo, o exagero do Estado nas suas funções mediante a proteção dos direitos de propriedade, para fornecer a segurança, para transmitir a justiça; o argumento de que para melhorar a condição do ser humano, é necessário usar a força, através de uma série de controles, obras sociais, etc.; e dentro dessa linha de pensamento, o mercado de trabalho é integrado; por outras palavras, embora os benefícios da concorrência sejam geralmente aceitados, parece que, para o mercado de trabalho, os condutores das relações de intervenção devem ser regulamentados, pelo que o trabalho tem gradualmente adquirido a independência do condições de mercado. Os salários inflexíveis são um mal que tem um impacto sobre o sistema monetário e ainda mais em todo o sistema econômico.

Como o senhor Acton aponta: "porque um objetivo transforma o fim supremo do estado, seja a vantagem de uma classe, a segurança ou o poder do país, a felicidade da maioria ou a sustentação de alguma ideia especulativa, o estado torna-se com o tempo inevitável absoluto" (Lord Acton, SF).

Preço Fishback investigou cada pedaço de evidência sobre como os mercados de trabalho trabalharam entre 1890 e 1930 (New Deal, a lei do trabalho começa nos EUA), isto é, antes de regulamentos trabalhistas iniciados pela FLSA (Fair Labor normas Act, 1938). O contrato de trabalho era apenas um contrato; as pessoas não estavam presas em contratos rígidos; de fato, os trabalhadores eram bastante nobres, as pessoas do nordeste não vivem a dura vida de salários pobres, os trabalhadores mais expostos aos perigos foram melhor pagos. Por quê? Por causa da competição. Nós já salientamos, os empregadores querem pagar qualquer coisa por quantidades ilimitadas de trabalho. Mas isso não é o caso, porque eles têm que competir com os outros.

As companhias que têm um monopólio em uma vila, são igualmente aquelas que fornecem escolas, lojas e arrendamentos? Esta é a chamada "cidade da empresa". Fishback descobriu que essas empresas ofereceram todos esses serviços como um pacote atraente; caso contrário, se eles tentaram explorar o seu monopólio, os trabalhadores iriam para outra *cidade*.

Antes da primeira guerra mundial, os economistas não abordaram o problema do desemprego como fazem agora, não porque não seja importante, mas porque os mercados eram suficientemente abertos e competitivos. O desemprego foi raro e breve. No início da grande depressão em 1929, a taxa de desemprego nos EUA foi de apenas 2,5% da PEA. Após a implementação do New Deal, até o final da depressão em 1933, o percentual aumentou para 28%.

Intervencionistas começam usando uma abordagem redistributiva, perdendo de vista a alocação do mercado de recursos de uma forma que é mais eficiente e que coloca recursos em mãos menos eficientes, o que diminui a taxa de capitalização e, em seguida, os salários em termos reais, baixam.

Mesmo assim, a demagogia é continuamente utilizada para aumentar o salário ou impor benefícios para o trabalhador, resultando em custos mais elevados para o empregador, e uma consequente redução na procura de trabalho, porque nestas circunstâncias, eles vão querer e vão ser capazes de contratar. Os candidatos para o escritório político prometem e prometem trabalhos. O Presidente, no entanto, não pode criar empregos.

É absurdo e revela tremenda ignorância econômica. Pode ser, no entanto, que o Presidente influencia a poupança e capitalização, se ele promoveu o Congresso para reduzir os impostos e gastos. Através da redução dos impostos, os contribuintes poderão trabalhar mais sem temer que o estado seja deixado com tanto percentual do fruto de seu esforço, incentivando economias e investimentos. Mas o corte de impostos sem cortar gastos do estado é o mesmo que fazer qualquer coisa ou talvez ferir o sistema, significaria que o governo quer emprestar dinheiro ou aumenta a oferta de dinheiro.

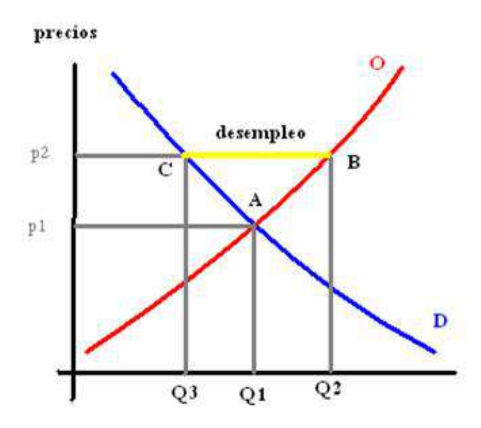
O regulamento do trabalho dá aos sindicatos privilégios legais para que eles possam exigir mais dinheiro usando métodos coercitivos. É curioso ver os sindicatos muitas vezes se vangloriar de elevar o padrão de vida dos trabalhadores e seus salários, a verdade é que isso é devido apenas ao aumento da produtividade marginal do trabalhador, ou seja, a contribuição que faz em cada produto. Dias mais curtos, ou um local de trabalho mais seguro, são os resultados do processo competitivo. As condições de trabalho perigosas e inseguras envolvem uns salários mais elevados, e dependendo do mercado, os trabalhadores procurariam outro trabalho. Empregadores foram forçados gradualmente pelo mercado a melhorar tais condições ou enfrentar a perda de um empregado, o que faz aumentar os custos de uma nova contratação, bem como uma nova formação.

Tínhamos mencionado a questão do salário mínimo. É a primeira medida, a mais popular, juntamente com a estabilidade do trabalho, de intervencionistas. Inventado na Austrália e legislou nos EUA desde 1938, o problema com a fixação de um salário mínimo é que ele não pode garantir o emprego.

Como o prêmio Nobel Gary Becker coloca: "mesmo um mágico teria dificuldade em negar a lei econômica que um salário mínimo maior reduz o nível de emprego. Uma vez que os políticos não são mágicos, eles não devem tentar "(Ball, C. 2004). O governo tenta forçar os salários como se os empregadores fossem contratar mais pessoas a preços mais elevados do que os inferiores.

Levantando o salário mínimo, dizem eles. Razões? Tirar as pessoas pobres da pobreza, levantando os rendimentos dos trabalhadores que são os únicos meios de subsistência da sua família.

O que é ser pobre? "Pobre" é um conceito sobre o padrão de vida dos outros, é ter menos do que outros. Nesse sentido, sempre haverá pessoas pobres. No entanto, esta alegação é prejudicada pelos fatos em que a pobreza de um país subdesenvolvido está intimamente ligada aos níveis de subsistência e é verdade que muitas vezes estes trabalhadores são a única subsistência da sua família. Mas não vamos ajudá-los levantando os salários mínimos. Isto terá inevitavelmente um impacto no nível de emprego.



Aqueles que não progridem para um salário maior do que o mínimo, ou seja, cuja produtividade está abaixo desse mínimo, ou porque eles não têm as habilidades necessárias ou motivação suficiente, são os que são imediatamente mais prejudicados porque o empregador não está disposto a pagá-los mais do que pagam, portanto, eles não são contratados. É sempre um tipo de intervenção que cria desemprego, porque, como já vimos, num mercado, há sempre uma tendência para o pleno emprego.

Neste gráfico, de uma maneira simples, tentamos mostrar o efeito de elevar os salários acima dos níveis que chegariam ao mercado. Começamos a partir de uma situação A, uso completo a um nível de preço P1. De repente, uma lei é promulgada que forçosamente eleva esse nível para P2.

O problema surge da seguinte forma; enquanto a quantidade oferecida de trabalho, em face deste aumento, aumenta de Q1 para Q2, a

quantidade exigida de trabalho diminuirá de Q1 para Q3. Em outras palavras, a situação criada pela lei é que, enquanto os trabalhadores estão oferecendo Q2, os empregadores só estão dispostos a contratar Q3, assim um excesso é criado na oferta, é isso que chamamos de desemprego. Este desemprego é coberto na maior parte pela informalidade, as causas são precisamente das leis mas, existe um excesso de regulamento.

O aumento no salário mínimo beneficia somente alguns trabalhadores, à custa de outro. Esses outros são os que precisavam de mais ajuda.

No estado intervencionista de hoje, os salários mínimos não são o fim das ultrapassagens de custos, mas o início: segurança social, feriados etc., têm o próprio efeito de elevar os salários. Não importa a intenção dos legisladores, o efeito é cobrar ao empregador um custo mais elevado, de forma que esteja menos disposto e menos capaz de contratar. Por exemplo, o pagamento de horas extras nega aos trabalhadores que desejam ou precisam trabalhar mais horas, devido a que sua produtividade não é suficiente para atender ao custo excessivo, perdendo assim a oportunidade de ganhar mais dinheiro.

Como os salários mínimos são ligeiramente mais elevados do que aqueles no mercado, os mais feridos são aqueles cuja produtividade está abaixo desse mínimo, ou seja, os menos preparados; os mais necessitados são deixados sem trabalho. Além disso, muitas das habilidades que lhes permitem obter um emprego no futuro, são as disciplinas aprendidas em seus empregos.

Mas, em princípio, a intervenção responde a uma concepção do estado e da sociedade que rejeitamos. Rosseau achava que o Estado social é uma invenção humana, então a lei e o legislador estão acima de tudo. O legislador deveria ser como uma criatura superior.

Desta forma, a propriedade também foi concebida como fruto da lei. Isto abre um campo ilimitado à imaginação dos Utopianos, isto é, que o legislador permanece como proprietário absoluto dos trabalhadores e o resultado de seu trabalho. Será capaz de adaptar o regime de posse em cada momento de acordo com as teorias sistemáticas, causando a imprevisibilidade, e o capital será aniquilado. Pobreza e miséria são o resultado. Se você tem sentimentos filantrópicos, você vai querer corresponder ao bem-estar, o que também cria obstáculos à acumulação de capital.

Mas, a propriedade existe perante a lei. Propriedade, como veremos mais tarde define a liberdade. Haverá, portanto, um sistema único que gera segurança e um ambiente onde o capital se formam rapidamente. A partir dessa perspectiva, a lei só reconhece como garante a propriedade.

De acordo com Bastiat, a propriedade é um fato providencial, ele vem de Deus, e, portanto, qualquer intervencionismo (que sempre for esse direito) é aberrante, imoral e injusto. Esta visão racionalista, que começa a partir de uma concepção essencialista do homem, pode pecar com dogmática; no entanto, justamente conclui que "a intervenção estatal para nivelar fortunas, para engrossar a parte de um à custa dos outros é o comunismo, como uma gota de água é como a água como todo oceano"[101]

No sistema romano existia a escravidão para que eles não pudessem endossar a propriedade como resultado do trabalho, isso foi contra os fundamentos do seu sistema produtivo. Em seguida, eles foram baseados em uma definição empírica de propriedade: o que os advogados conhecem como atributos da propriedade, *o utensdi ius, ius abutendi, ius fruendi.* Mas essa definição é puramente relacionada a efeitos e não a causas.

Assim, sendo os trabalhadores os que fazem o trabalho, é legal que façam com sua propriedade o que acharem conveniente. Se o estado entra para regular suas relações industriais, não é apenas considerá-los incapazes, mas paradoxalmente para afetá-los economicamente, destorando o nível de emprego, ou salários.

4. LIBERDADE E MERCADO

Aprendemos a ideia de que a liberdade ou o capitalismo são inerentemente valiosos, mas temos a impressão de que o capitalismo é realmente mais valioso do que as alternativas, dadas as consequências.

G. A. Cohen da Universidade de Oxford, em seu ensaio "capitalismo, liberdade e proletariado" observa que a liberdade está fazendo o que se quer sem a intervenção dos outros. Esta definição não é apropriada. Liberdade é a permissão para fazer o que queremos com o que é nosso, incluindo, e neste sentido, a propriedade define a liberdade.

101 Dizemos que não partilhamos uma visão essencialista da propriedade, porque a natureza não propõe um critério permanente e universal de conduta, independentemente da experiência.

A auto-propriedade, sustenta as suas habilidades e talentos, o que significa, finalmente, ser capaz de possuir o fruto do trabalho. Uma visão desconstrutiva do liberalismo indica que possuir o resultado do trabalho não deve ser tão fundamental.

Cohen aceita isso, mas, ele aponta, se por algum motivo o indivíduo é privado deste efeito, a *Propriedade própria* não seria mais valiosa para ele. Continuando com seu raciocínio, ele nos dá um exemplo: "capaz" e "inútil" vivem sozinhos em um mundo. "Capaz" pode produzir o suficiente para nós dois. "Inútil" não pode produzir nada. Cohen continua e estipula que ambos devem concordar antes de tocar qualquer recurso para produzir qualquer coisa. Como "inútil" não pode fazer nada, de modo que neste mundo "capaz" está à mercê de "inútil". Embora "capaz" seja auto proprietário.

Movendo o exemplo para o mundo capitalista, o trabalhador sem capital, aponta que não pode trabalhar sem a permissão do empregador, e pergunta: não é verdade que não vale nada possuir o seu talento, habilidade, força, etc (*Self-Propriedade*)? Você não está na mesma posição "capaz"? Parece que o que ele diz é verdade, mas a diferença é que no seu exemplo não há mercado, porque não há concorrência, "inútil" devido a que forma parte de um monopólio.

Esta não é a posição do trabalhador num mundo capitalista. Por outro lado, "capaz" é como um trabalhador em uma sociedade comunista que só pode ser empregado pelo Estado (Ramsey, B. 2003).

Sem princípios estamos à deriva. Estes sempre existem e são impostos de alguma forma, mesmo que não sejam explicitamente reconhecidos. A preferência para resolver caso a caso, sem regras gerais, é o produto de um movimento que com a *inevitabilidade da gradualidade* nos leva de volta a um sistema cuja ordenança é criada por ordens diretas (Hayek, F. 1994). Uma filosofia coerente que não só fornece aspirações morais, mas também um método de os atingir é o *individualismo.*[102]

O individualismo é um termo que tem sido usado sem moderação, modificando constantemente o seu conteúdo. Por exemplo, o indivi-

102 O *individualismo* e o *socialismo* eram termos cunhados pelos seguidores de Saint-Simon. O primeiro a descrever uma empresa competitiva, e a segunda, por oposição, uma empresa planejada centralmente.

dualismo de Rosseau, de acordo com enciclopedistas e fisiocratas é um falso individualismo, racionalista, que tende ao socialismo.

O verdadeiro individualismo é realmente uma teoria da sociedade, que se preocupa em descobrir as forças que governam o sistema social do homem, e a segunda instância, como resultado desta visão, um conjunto de máximas políticas. Desta forma, banimos a crença popular e ambígua de que o individualismo é um sistema de isolamento da existência ou um pedido de desculpas do egoísmo.

Os defensores desta filosofia apontam que não há como compreender os fenômenos sociais, a menos que seja através de nossa compreensão de ações individuais direcionadas aos outros e orientadas pelo comportamento esperado. Ao contrário dos coletivistas, que fingem ser diretamente capazes de considerar as sociedades como entidades sui generis que existem independentemente dos indivíduos que os compõem. No entanto, no que diz respeito à crítica dos racionalistas, entendemos que o homem é parcialmente guiado pela razão, pois isso é limitado e imperfeito, portanto, as decisões são sempre falíveis. Mas a solução não é intervir no mercado, uma vez que o legislador não tem mais informações do que os milhões de pessoas envolvidas nos mercados, além disso, a intervenção altera o processo de julgamento do sistema de mercado no lado capital. Os erros são corrigidos no decorrer do processo de mercado.

Racionalistas pensam que a razão é total e igualmente acessível para todos (homem perfeito, racional), mas isso não acontece, é uma suposição irrealista que nos faz perder de vista o verdadeiro funcionamento e coordenação do papel do mercado.

Os preços são sempre incorretos porque permitem a realocação constante dos recursos. A competência perfeita, que envolve o conhecimento e o contrapeso perfeito, é em parte responsável para reivindicações do intervencionista. Aceitando um equilíbrio no mercado, o que significa que a concorrência acabou, não tem conhecimento de que o mercado está sempre mudando e que a concorrência é um processo de constante descoberta.

Nesta visão do processo competitivo, as chamadas imperfeições do mercado não são aberrações, mas elementos necessários para o surgimento da ordem espontânea. Contanto, que não existam barreiras na entrada do mercado, impostas pelo governo, é melhor deixar os pro-

cessos naturais competitivos, ou seja, em uma sociedade livre, o empregador não tem a cumplicidade do funcionário público do que em boas são responsáveis pela imposição de barreiras à entrada e criação de monopólios jurídicos. Monopólio (quando não há barreiras à entrada no mercado), por exemplo, significa que o monopólio é o mais eficiente na produção de um bem (monopólio natural).

O efeito combinado de ações individuais mostra que muitas das instituições em que a realização humana está funcionando sem uma mente que os dirige ou projeta. "Nós geralmente atribuímos ao gênio do homem o que é realmente devido ao tempo e à experiência de muitas gerações, diferindo muito pouco uns dos outros e seus aspectos naturais e sagacidade" (Mandeville, B. 1949).

A ordem é, portanto, o produto espontâneo dessas ações. No entanto, a influência cartesiana permeou mentes que a ordem não pode existir sem um plano deliberado.

Distúrbios no sistema que podem levar ao colapso quase nunca são naturais, no sentido de que eles são devidos a intervenções quando livre para interagir; exceto para externalidades, como bens públicos. Estes *distúrbios espontâneos*, como Hayek os chamou, é devido às imperfeições do sistema de direitos de propriedade. "Em um sistema onde os direitos de propriedade privada estão devidamente protegidos, é impossível para qualquer pessoa se beneficiar da propriedade dos outros sem ter que pagar por isso. Também seria impossível para qualquer pessoa prejudicar a propriedade de outras pessoas sem ter que pagar uma indemnização por ela" (Kirzner, I. SF).

O mercado também não funciona como a lei da selva. Regras excessivas são destrutivas, mas também a falta de regras. Princípios ou regras gerais são um meio de impedir a discórdia entre interesses conflitantes e não um conjunto fixo de finalidades fixas: governar por regras é diferente do que governar por ordens.

Em outras palavras, o sistema de mercado não depende de seu funcionamento de encontrar homens bons, mas precisa "redirecionar" o interesse próprio, que é uma atitude moral, motivadora de nossas decisões, para se tornar em um bem geral. Enquanto os homens não são oniscientes (medindo plenamente as consequências de suas ações) a única maneira de ser capaz de dar liberdade ao indivíduo é através daquelas regras gerais que definem sua esfera de sua própria decisão.

E, portanto, inevitável que o indivíduo deve assumir o risco de suas decisões, que ele deve ser recompensado não sobre o bem ou mal de suas intenções, mas unicamente sobre o valor dos resultados para os outros.

Este *redirecionamento* importa para a implementação de instituições de som, regras e princípios gerais com igualdade perante a lei, sem quaisquer privilégios para ninguém, de modo a estimular o homem a contribuir tanto quanto possível para satisfazer as necessidades dos outros. O sistema mais adequado a partir desta perspectiva é de propriedade privada.

O homem deve ser livre para seguir sua consciência em matéria moral, se suas ações têm qualquer mérito, para fazer pleno uso de seu conhecimento e capacidade de tomar decisões para as coisas que ele conhece e se preocupa. "A atitude fundamental do verdadeiro individualismo é a humildade para com os processos pelos quais a humanidade desorienta as coisas que não foram concebidas ou compreendidas por qualquer indivíduo e que são realmente maiores do que as mentes individuais. A grande questão agora é se a mente de Aman permitirá que ele continue a crescer como parte deste processo ou se a razão humana vai colocar em seus próprios laços. O individualismo não ensina que a sociedade é maior do que o indivíduo apenas que é livre "(Hayek, 1949).

A concorrência justifica-se apenas pela nossa ignorância das circunstâncias relevantes que determinam a conduta dos concorrentes para que descubram quais mercadorias são escassas, que coisas são consideradas mercadorias, como são valiosas, etc. através do processo de mercado, e usando informações amplamente dispersas, que, a cada instante, em cada transação, é renovada (Hayek, 1949).

Catalaxia é o nome que Hayek deu à ordem espontânea criada por processos de mercado. Opõe-se à *economia*, uma vez que em uma economia os objetivos são definidos, há uma hierarquia unitária de propósitos, e o conhecimento para alcançar esses fins é dado (por exemplo, uma empresa ou uma família). *Catalaxia,* por outro lado, não é um propósito específico, é o que resulta da interação de empresas, famílias e indivíduos. Nessa perspectiva, ele argumenta a Hayek que a teoria neoclássica ortodoxa tenta erroneamente analisar a *catalaxia* como se fosse uma economia.

Esta interpretação errónea do mercado reflete-se nos grandes esforços políticos para corrigir os preços e a renda no serviço da *justiça social,* que é um princípio que não pode ser implementado sem destruir os fundamentos da ordem do mercado.

Em um mundo em constante mudança, manter um nível de bem-estar requer ajustes constates por parte dos indivíduos, cada um dirigindo seu esforço e ação. No entanto, se existirem condições estacionárias ou inflexíveis, estes ajustamentos necessários para manter o nível anterior não gerarão tal excedente para compensar eventualmente os que foram prejudicados pela alteração do preço. Só em uma economia em crescimento podemos esperar para evitar os padrões de vida dos pobres de cair.

Quando você quer ter o controle da economia, e através de leis que você procura para manter os preços considerados justos, isso significa preservar um preço existente e uma estrutura de renda. Este sistema não é apenas ineficiente, porque a remuneração se tornaria tirânico (Hayek, 2002).

Não seria completamente absurdo, no entanto, procurar prever e controlar o desenvolvimento da estrutura social em sociedades altamente desenvolvidas. Pelo contrário, a liberdade e a concorrência são muito mais importantes nos países menos desenvolvidos do que nas desenvolvidas, porque nesses países há mais necessidade de descobrir todos os tipos de forças produtivas naturais e humanas que estão presentes e experimentar com novos procedimentos, etc.

Para o passado, "o planeamento centra-se no serviço da justiça social é um luxo que os países ricos podem ter recursos"(Hayek, F. 2002).

Os lucros (lucros puros) são considerados injustos porque, de acordo com os críticos não há nenhuma justificação para lucrando acima dos custos de produção quando se compreende que os lucros puros são realmente riqueza criada por algo inovador , por uma oportunidade vista e apreendida por um empresário, e não algo que é tirado dos que trabalham, será então entendido que a sua existência é plenamente justificada

5. INTERVENÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Resta fazer algumas notas sobre dois pontos de falácia que defendem a intervenção no mercado de trabalho: a revolução industrial e as medidas de extensão de crédito.

O primeiro ponto é sobre os eventos econômicos e comerciais que transformaram a Grã-Bretanha a partir de 1750 e serviu como um modelo para o mundo no século XIX. É falsamente apontado que a industrialização e o sistema de manufatura levaram os trabalhadores a uma vida tranquila para entrar em uma vida de trabalho árduo. Naquela época, eles nos asseguram que as coisas eram em grande parte satisfatórias. Os camponeses estavam felizes. Esse foi o caso dos trabalhadores industriais no âmbito do sistema doméstico.

Trabalharam em seus próprios recursos e conseguiram alguma independência econômica, desde que possuíram seu lote da terra e de suas próprias ferramentas. Mas então a revolução industrial caiu como uma guerra ou praga sobre essas pessoas (Hammond, J. L. e Hammond, B. 1760-1882). Resume-se acima Engels assim: que o trabalhador pré-industrial típico conduziu *a uma vida apropriada e agradável na piedade, na probidade e em sua posição material era distante acima de seus sucessores* (Engels, F.1993). Uma pequena minoria de exploradores implacáveis tinha conseguido de forma perspicácia impor o seu jugo sobre a grande maioria.

As pessoas não assistem a workshops por qualquer motivo, mas por causa da necessidade urgente de melhorar o seu padrão de vida.

Ao longo da era do feudalismo que caracterizou a Europa após a queda do Império Romano, homens, mulheres e crianças eram muitas vezes vendidos em leilão, forçados a trabalhar longas horas no trabalho até ficar esgotados nas condições e pela compensação que o mestre (Sr. feudal) gostava. Antes da revolução industrial, as condições econômicas não tinham elasticidade para atender às necessidades de uma população rapidamente acreditada.

O comércio foi imbuído com um espírito herdado de privilégio exclusivo e monopólio, suas fundações institucionais desfrutando de um monopólio de patentes, sua filosofia era restringir e proibir a concorrência (von Mises, L. 2002).

É indiscutível que os trabalhadores viveram muito melhor em 1850 do que em 1750. A população da Grã-Bretanha quadruplicou não só porque as pessoas viveram mais tempo, mas por causa da imensa migração do continente europeu.

No entanto, as fábricas prosperaram por causa dos ensinamentos dos economistas da época que destruíram o mercantilismo e o paternalismo, e porque a longo prazo eles beneficiaram as mesmas autoridades, tirando o fardo de lidar com tanto mendigo, fome, infrator etc.

É verdade que as condições não eram ideais no início, mas é necessário lembrar que era uma transição, e "se você quer culpar os responsáveis, você não deve mencionar os proprietários das fábricas, que, encorajados pelo egoísmo, é claro, e não por altruísmo-eles fizeram tudo em seu poder para eliminar esses males. O que os provocou foi a ordem econômica da era pré-capitalista, a ordem prevalecente nos velhos tempos" (von Mises, L. 2002).

Estas fábricas não foram destinadas a satisfazer o consumo de um punhado de ricos apenas, mas também o consumo das massas. O sistema começou a produzir itens baratos. Abriu assim "uma era da produção maciça para a demanda maciça" (von Mises, L. 2002).

Através do desenvolvimento do capitalismo, vemos uma tendência implacável para melhorar o padrão de vida do trabalhador. Esta tendência coincidiu com o desenvolvimento das leis laborais e a difusão do sindicalismo e o aumento dos trabalhadores marginais da produtividade, por outro. Assim, quando a legislação laboral e a pressão sindical não excederam os limites do que os trabalhadores teriam recebido sem tal influência e como consequência necessária da aceleração do acúmulo de capital em proporção à população, que a legislação e a pressão eram supérfluas. É inacreditável pensar que, se não fosse por leis trabalhistas, os trabalhadores estariam na mesma condição que há mais de um século atrás.

O fato de que as crianças têm sido pobres, escravizados do capitalismo selvagem também é constantemente apelado. Se as crianças foram obrigadas a trabalhar em uma fábrica não é culpa do empregador, mas sim de seus pais. Os empregadores não podiam subjugar as crianças a trabalharem em condições que os seus pais consideravam inaceitáveis. Por outro lado, no entanto, havia os "aprendizes paroquiais" de acordo com a classificação de JL e Barbara Hammond. Estes estavam a

supervisão do governo. É uma distorção dos fatos dizer que as fábricas tomaram as donas de casa e as crianças longe da cozinha e seu jogo, respectivamente. Essas mulheres não tinham nada para cozinhar ou alimentar seus filhos. Essas crianças sem-teto morrem de fome, seu único refúgio era a fábrica. Salvou-lhes da fome.

É importante ressaltar que o trabalho infantil era mais comum e árduo durante os dias que antecederam a revolução industrial e eram muitas vezes afortunados se viverem além da idade de cinco.

Salientámos que a única política viável e bem-sucedida para aumentar os salários e manter o nível de emprego é a abertura do mercado e um forte quadro institucional que permite a concorrência e a acumulação de capital. No entanto, os intervenientes são radicalmente opostos a esta solução e, em vez recomendar, para combater o desemprego, a expansão do crédito e eufemisticamente chamado de "política de dinheiro fácil".

Esses líderes podem empregar sem serem prevenidos pelas autoridades e podem se transformar com impunidade à violência contra aqueles que não apoiam a greve e desejam trabalhar. Sabem que os salários crescentes conduzirão a um aumento no número dos desempregados. O único remédio que eles sugerem é a expansão de fundos para os desempregados e uma expansão adicional de crédito, ou seja, a inflação (von Mises, L. 2002).

Parece verdade, em primeiro lugar, que a expansão do crédito (seja através da emissão de notas pelo banco central ou crédito adicional nas contas correntes) pode substituir o capital, pois há mais capital disponível, que pode ser investido, melhorar a infraestrutura e a tecnologia de uma forma que também melhore a produtividade dos trabalhadores. Mas isso é apenas uma ilusão.

O economista Sueco Wicksell apontou em 1898 que o dinheiro sendo precisamente o elo intermediário na conexão de decisões de poupança com decisões de investimento, um desequilíbrio muito peculiar e perverso pode ocorrer no processo de poupança de investimento (Wicksell, J. 1898). Ele observou que, diante da expansão monetária, com menos escassez de dinheiro, as taxas de juros cairiam, o que atrairia projetos de investimento de longo prazo, o que, por sua vez, significa menos produtos disponíveis a curto prazo. Argumenta, então, que, ao reduzir estes, os preços aumentam iniciando um processo inflacionário.

As Mises completaram essas noções em “teoria do dinheiro e do crédito”. Se não houver *aumento na oferta de dinheiro*, então haveria uma transferência real dos que recebem as economias (bancos) para potenciais investidores. Os aforadores terão emprestado uma quantidade real de recursos, representados pelo valor monetário desses recursos reais, para as atividades de investimento, em vez de utilizá-los mais diretamente e imediatamente no fabrico de bens de consumo.

Este “crédito de transferência” seria devolvido aos poupadores dentro de um tempo com base no interesse acordado. A soma de dinheiro devolvido teria então a capacidade de comprar bens e serviços mais reais para fins de consumo. No entanto, a autoridade monetária do governo pode alterar esse equilíbrio entre economias e investimentos mantidos pelas taxas de juros de mercado através da expansão do crédito ou da oferta de dinheiro (a autoridade monetária tem o poder de criar crédito). “Crédito criado” é indistinguível de “transferência de crédito” em transações de mercado.

Rothbard justamente diz: “as grandes inflações da nossa idade não são atos de Deus. Eles são feitos pelo homem, para colocá-lo diretamente, feito pelo governo. Eles são os cabides de doutrinas que acreditam que os governos têm o poder mágico de criar riqueza do nada e fazer as pessoas felizes, levantando a renda nacional “(Rothbard, M. 1981).

Continuando, há uma diferença importante quando o crédito é criado: não há declínio na demanda dos consumidores por recursos de bens que normalmente ocorrem em face da decisão de economizar mais do que antes, para compensar o aumento da demanda por recursos e trabalho por investidores que tomaram o crédito criado oferecido a eles no mercado de crédito.

Em outras palavras: como os produtos disponíveis no curto prazo são escassos (porque os projetos de investimento a longo prazo assumir mais fatores de produção) e as pessoas preferem economizar até que a crise passe, em condições normais a demanda por tais bens (se forem escassos, os preços aumentam e a demanda do montante diminui).

Mas isso não é o caso porque os fatores de produção (entre eles, trabalhadores) obtêm salários mais altos, que gastam principalmente em bens de consumo, estimulando a produção desses bens. À medida que os fatores de produção mudam para a produção de bens de consumo, os projetos de longo prazo, que estão em grave crise a ser concluída,

estão sendo danificados, a única coisa que pode temporariamente salvar esses projetos para criar mais crédito, assim o ciclo reinicia.

"A Mises conclui que as causas do ciclo econômico nas sociedades modernas não devem ser procuradas em alguma falha intrínseca da economia de mercado. A causa básica reside na manipulação do dinheiro e do crédito pelo governo "(Ebeling, R. SF).

O processo inflacionário prejudica os mesmos trabalhadores, porque enquanto os seus salários poderiam ser aumentados, os preços dos bens, como descrevemos, também aumentam, em última análise, causando um declínio no poder de compra, ou seja, em salários reais. Se você aumentar o dinheiro falso nos bolsos dos trabalhadores ou qualquer tipo de pessoas que irá aumentar suas despesas.

Mas é precisamente este aumento das despesas que conduz inevitavelmente a uma tendência geral para o aumento dos preços. É paradoxal porque é precisamente isso que nenhum trabalhador quereria: comprar menos pelo mesmo preço. Além disso, é interesse de todos fomentar a estabilidade da moeda, porque depende de nossas economias, nossas pensões etc.

6. CONCLUSÕES

Esboçou algumas reflexões sobre o problema dos trabalhadores e do direito do trabalho como uma regulamentação das relações empregador-empregado. A conclusão está à vista por um tempo: Abra os mercados e deixe o capital doméstico e estrangeiro entrar.

Nosso país é muito rico, tem pessoas empreendedoras, mas precisa se livrar da burocrática "Web legal" (como Vargas Llosa chamou), bem como as políticas protecionistas que afastam capital. Nossa legislação tem imbuído ao osso (a Constituição) com este mal-entendido da sociedade e do estado. Você precisa mudar sua mentalidade. Nossa tarefa é explicar essas coisas. Agora depende da vontade de mudar.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ball, C. (2004). *Salario mínimo, desempleo máximo*. CATO INSTITUTE. Recuperado de https://www.elcato.org/salario-minimo-desempleo-maximo

Barry, N. (1982). *The Tradition of the Spontaneous Order.* The Library of Economics and Liberty. Recuperado de https://www.econlib.org/library/Essays/LtrLbrty/bryRF.html?chapter_num=7#book-reader

Bastiat, F. (1801-1850). *Propiedad y ley.* Recuperado de http://www.institutoacton.com.ar/oldsite/articulos/fbastiat/artbastiat7.pdf

Cannan, E. (1932). Journal Article Review of: An Essay on the Significance of Economic Science. by Lionel Robbins, *The Economic Journal,* Vol. 42, No. 167.

Coase, R. (1994). *La naturaleza de la empresa.* Madrid, España: Alianza Económica.

De Soto, H. (1986). *El Otro Sendero.* 3ra. Edición. Lima: Editorial Ausonia.

Ebeling, R. (1978). *The Austrian Theory of the Trade Cycle and Other Essays.* Center for Libertarian Studies. MISES INSTITUTE. Recuperado de https://mises.org/library/austrian-theory-trade-cycle-and-other-essays.

Friedman, M. y Hayek, F. (1994). *The Road to Serfdom.* Chicago, IL, USA: University of Chicago.

Hammond, J. y Hammond, B. (The skilled labourer 1760-1882). citado por Mises, L. *Hechos acerca de la Revolución Industrial,* Centro de Estudios Económicos y Sociales. Recuperado de http://www.institutoacton.com.ar/oldsite/articulos/lmises/artmises3.pdf.

Hayek, F. (2002). Competition as a discovery procedure. *Quarterly Journal of Austrian Economics* Vol. 5 No 3. Mises Institute. Recuperado de https://mises.org/library/competition-discovery-procedure-0

Hayek, F. (2009). *Individualismo: El verdadero y el falso.* Unión Editorial.

Kirzner, I. (1997). Entrevista por Hugo Ordóñez. Recuperado de http://www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/web/topic-835.html

Reed, L. (1 de septiembre de 1993). *Misreading the Industrial Revolution*. The Future of Freedom Foundation. Recuperado de https://www.fff.org/explore-freedom/article/misreading-industrial-revolution/

Reed, L. (1 de septiembre de 1999). *Child Labor and Industrial Revolution- Parte 1*. The Future of Freedom Foundation. Recuperado de https://www.fff.org/explore-freedom/article/child-labor-british-industrial-revolution-part-1/

Rockwell, L. (7 de septiembre de 1998). *Liberty and Labor*. USA: The Journal of Commerce. Recuperado de https://mises.org/library/liberty-and-labor

Rothbard, M. (1981). *Theory of Money and Credit*. Prefacio. Edición. Mises Institute. Recuperado de https://mises.org/library/theory-money-and-credit/html

Vedder, R. y Gallaway, L. (1997). *Out of Work: Unemployment and Government in Twentieth Century America*. USA.

Von Mises, L. (11 de enero de 2002). *Políticas de salarios, desempleo e inflación*. CATO INSTITUTE. Recuperado de https://www.elcato.org/politicas-de-salarios-desempleo-e-inflacion

Wicksell, K. (1898). *Interest and prices*. Createspace Independent Publishing Platform.

Recibido: 11/01/2019

Aprobado: 15/11/2019

Raúl Alosilla Díaz: Investigador jurídico independiente

Correo electrónico: raul.alosilla.d@gmail.com

Teoria delle obbligazioni, i contratti e l' analisi economico del diritto: revisione argomentativa

Theory of obligations, contracts and Economic right analysis: an argumentative review

Rodrigo Barcia Lehmann
Profesor principal Universidad Finis Terrae

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 387-435, ISSN 2588-0837

RIASSUNTO: L'articolo analizza il contratto dall'angolazione dell'analisi economico del diritto, focalizzandosi nel principale inconveniente relazionato con la sua adozione come strumento giuridico nel Diritto Continentale: le regole che rendono fattibile la sua adozione e rigidità strutturale. Nello stesso modo, si studia la ragione per cui lo Stato deve proteggere il Diritto dei Contratti, l'incompiuta efficienza del contratto, i rischi e la certezza. Si inizia con una revisione generale delle teorie che giustificano il contratto e si prosegue con l'applicazione dell'analisi economico del diritto al Diritto Civile patrimoniale cileno, alludendo alle teorie del rischio e dell'imprevedibilità. Finalmente, si proporrà una valutazione dell'articolo 1545 del Codice Civile cileno, come limite alla revisione giudiziaria del contratto.

PAROLE CHIAVI: teoria delle obbligazioni, contratti, scambio economico, istituzioni contrattuali, principi giuridici.

ABSTRACT: The paper aims to analyze the contract from an economic analysis of law perspective, focusing on the main inconvenience for its adoption as a legal instrument in Continental Law: the rules that make its adoption feasible and its structural rigidity. Likewise, the reason why the State must protect in the Contract Law, the efficient breach of the contract, the risks and the confidence are studied. It begins with a general review of the theories that justify the contract and continues with the application of the economic analysis of the right to Chilean civil law referring to the theories of risk and unpredictability. Finally, an evaluation of article 1.545 of the C.C. Chilean, as a limit to the judicial review of the contract.

KEY WORDS: theory of obligations, contracts, economic exchange, contractual institutions, juridical principles.

INTRODUZIONE[103]

Nella parte iniziale del presente lavoro, si analizzano brevemente le diverse posture dottrinali sulle quali è fattibile elaborare una teoria del contratto e, in particolare, si intenta costruire codesta teoria dalla nozione del *law and economics* (AED) (Barcia, 2004). L' AED definisce diversamente la struttura del contratto e la sua revisione. In seguito, si indentificherà dentro dell'AED le norme che regolano il contratto, inspirate in principi distinti a quello dell'efficienza, come l'equità o criteri distributivi.

La seconda parte affronta gli effetti delle obbligazioni dal punto di vista del Diritto Civile e dell'analisi economico del Diritto, in più, si concentra nella possibilità di elaborare una teoria del contratto basato sulla cognizione dell'AED in Cile. Inoltre, si segnala la ripercussione di questa teoria nel compimento del contratto, attraverso la teoria dell'incompiuta efficienza del contratto, per poi finire con una breve analisi della fiducia e dei rischi.

La terza parte è, forse, la più importante e versa sulla revisione del contratto per il quale si ricorre al principio della forza obbligatoria, ciò che stabilisci Cile su questo punto e le teorie dei rischi e dell'imprevedibilità. In fine, nella quarta parte si predisporranno alcune conclusioni.

1. TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO

Il metodo per determinare gli elementi che costituiscono il contratto e gli effetti che questo genera, dipenderanno dalla teoria in cui si fondamenta. Codesto non è soltanto rilevante per la sua validità ma anche ai suoi effetti e alle facoltà che si concedono ai giudici per la

103 Questo capitolo si inserisce dentro dell'ambito di produzione del Gruppo d'Investigazione GIDE della Pontificia Università Cattolica dell'Ecuador. In particolare, del Progetto d'Investigazione IV denominato "Mejora Regulatoria". Finalmente, desidero ringraziare alle signorine Leticia María Pérez Ricaurte e Dennis Valeria Encalada Gonzalez del GIDE PUCE per la loro partecipazione come assistenti di ricerca.

revisione del contratto, nel caso in cui gli si è permesso. L'adottare una posizione o un'altra non è irrilevante e determina, definitivamente, la coerenza del sistema dei contratti e la forma in cui l'ordinamento giuridico conferisce i ricorsi. Queste teorie sono le seguenti:

1.1. Terria classica del contratto

La dogmatica civile tradizionale del contratto si sostenta nell' autonomia della volontà. Per questo, l'importante nella costituzione del contratto –soprattutto nei contratti reali e solenni- è la formazione del consentimento. Infatti, per le persone che si aggiungono a questa posizione è un problema quasi senza soluzione, i contratti denominati di adesione, quelli che autorizzano allo Stato per intervenire mediante i contratti mirati; allo stesso modo, per i seguaci di questa teoria, i contratti che gli individui sono obbligati ad aderire sarà forzato. Pertanto per la dogmatica civile tradizionale, i contratti sono validi e, di conseguenza, esecutivi soltanto nei casi in cui durante il suo procedimento di formazione si rispettino le regole di formazione del consentimento, che sono inspirate nell'autonomia della volontà, la quale si produce in una negoziazione –a parità di condizioni- tra le parti attraverso di un'offerta e accettazione o controfferta e la sua accettazione.

1.2. Teoria della base dei negozi giuridici

Questa posizione è stata fondata da Oertmann e, in seguito, plasmata da K. Larenz, che faceva una distinzione tra la base soggettiva e oggettiva del negozio giuridico. Questa teoria può servire da sostegno per accettare la revisione dell'errore unilaterale per mancanza d'informazione o come afferma Larenz, l'errore unilaterale nelle motivazioni che, all'inizio, non percuote l'efficienza del contratto. È possibile spiegarla per mezzo di un esempio di C. Fernández nella presentazione di un lavoro di Larenz. Codesto autore menziona una sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 15 gennaio 1910, che si pronunciò sulla violazione di una serie d'obbligazioni di un contratto per la concessione dei diritti dello sfruttamento minerario. Il debitore si giustificò del compimento di queste obbligazioni, dato che la miniera risultò improduttiva.

Per l'autore sopracitato, il contratto affronta un errore nelle motivazioni –che in termini attuali si può spiegare per una mancanza d'in-

formazione- che permette la sua revisione giudiziaria in relazione al fallimento della base del negozio. Secondo Larenz, sparisce la base oggettiva del contratto quando si distrugge la relazione di equivalenza delle prestazioni fino al punto che il contratto non può essere considerato bilaterale. Ciò accade nel nostro ordinamento giuridico quando il prezzo nella compravendita è irrisorio, per esempio, se si vende una cosa del valore di $5.000.000 nel commercio in $10.000. In questo ipotetico caso non si è di fronte a un eventuale "lesione grave", ma alla mancanza del prezzo, in altre parole, si reputa che le prestazioni devono essere considerate di tale importanza e non equivalenti che, in realtà, non c'è prezzo che influisca sulla struttura stessa del contratto.

1.3. Fondamento formalista dei contratti

Questa postura ha le sue basi nel Diritto Romano e si sviluppa principalmente in Italia e Germania, pretende creare una teoria "oggettiva del contratto". I suoi seguaci rifiutano la revisione del contratto, poiché questa lo priva di "certezza". Da questa prospettiva, i contratti sono tali e obbligatori dalla nascita secondo il Diritto.

1.4. Teoria italiana o della funzione economica del contratto

Questa teoria è stata elaborata da Betti, colui che criticò i pandettisti per considerare arbitraria la giustificazione del contratto nel solo consentimento –anche se per ultima istanza il contratto è la somma delle volontà che gli danno origine-. In più, il Diritto Romano classico non considerava il consenso come unico generatore di obblighi. Anche Betti avverte che l'autonomia della volontà e, di conseguenza, dell'individuo non è completamente libero, di fatto, possiede importanti limiti nell'attuare, quelli che si propagano ai contratti. Per Betti l'autonomia della volontà onnipotente non sarebbe altro che un miraggio. Il contratto per Betty non dipende dall'individuo, sebbene è grazie a lui che si nasce, poiché una volta nato ignora le parti per costituirsi come un "fascio normativo". In questo modo, il contratto deve separarsi dalla volontà e dalla psiche delle parti coinvolte.

Per i partitari di questa teoria, il contratto non è altra cosa che uno specchio della realtà e, specialmente, dei fenomeni economici. Pretende spiegare la "segmentazione del Diritto Privato" e la nascita di vere e proprie "trame" in questa area del Diritto, che darebbero origi-

ne a una serie di regolamenti autonomi, come: la condizione generale o il Diritto del Consumo. Così che, il Diritto Privato si limiterebbe a ricevere, in una forma più o meno autonoma, le figure che provengono dalla realtà economica e sociale.

La teoria di Betti dà allo Stato un'amplia sfera normativa, poiché in un'ultima istanza esige che l'interesse privato per il quale si celebra il contratto coincida con il pubblico, altrimenti prevale quest'ultimo. Ciononostante questa teoria trasforma l'intero Diritto Privato in Pubblico, poiché da lì a dire che solo si può agire –per mezzo di un contratto- intanto che esista un interesse pubblico che lo giustifica, c'è soltanto un passo. D'altronde, la nozione che serve come base per questa teoria –che è "l'interesse pubblico" - è vaga ed ambigua. La teoria proposta da Betti permette la revisione del contratto, in relazione alla postura ideologica del pubblico, che varia da una concezione della società liberale a una statica.

In questo modo, la revisione del contratto si propaga eccessivamente fino a convertire il Diritto Contrattuale a un giudizio ideologico che, senza alcun dubbio, condizionerà la certezza; in qualche modo codesta teoria esige un fondamento ideologico del contratto, similare al fondamento "morale" canonico del contratto medievale. Possiede similitudini con il Diritto Pubblico nella tesi del blocco costituzionale, a cui una parte della dottrina costituzionale ha facilmente aderito. Queste tesi sono proliferate negli ultimi anni in base alla consapevolezza che la responsabilità è obbligatoria. Detto ciò, la responsabilità contrattuale sarebbe stata assorbita dalla responsabilità extracontrattuale (Betti, 2000).

Le tesi statutarie, che si basano sulla responsabilità civile, con certezza si sono propagate e possiedono un gran dominio; tuttavia quelle che danno origine allo statuto contrattuale nei diritti fondamentali non sono prive di problemi. Queste tesi sono pericolose nell'ambito del Diritto Privato, poiché, sebbene i diritti fondamentali abbiano un'innegabile effetto irradiante su tutto il Diritto, anche il Diritto Privato possiede una consistenza propria come diritto fondamentale.[104]

104 Indirettamente, le tesi che pretendono che il Diritto del Consumatore si fondamenti nella protezione del contrattante debole, hanno una base comune con il Diritto Pubblico, come si può apprezzare nei principi pro-reo o pro-operario e fanno perdere la legittimità del Diritto Privato.

1.5. Teoria sociologica del contratto

È fattibile giustificare il Diritto e il Diritto dei Contratti dalla visione sociologica. Questa posizione può fondamentarsi negli autori come Weber, Luhmann, Maturana y Varela, tra tanti. Da questo punto di vista, il contratto si alimenta dal mezzo sociale o culturale di quell'epoca –che ha unna grande influenza omogenizzante-. Il contratto, in questo senso, è una forma d'evoluzione sociale, ovvero, è una riproduzione del sistema. Codesta, permette sviluppare una relazione tra il tutto e una parte, tra il contratto e l'ambiente sociale. La società intesa come sistema si scomporrebbe in una serie di sistemi inferiori come il Diritto, l'economia, etc. (Luhmann, 1997).[105] In questo modo, il Diritto sarebbe un sub-sistema della società che si comunicherebbe con l'ambiente interno attraverso un individuo che viola un contratto. Per quanto riguarda il Diritto, l'individuo non esiste, ma unicamente l'inadempienza del contratto, che dev'essere risolto con una norma. A sua volta, i sottosistemi sono connessi tra di loro per mezzo dell'interpretazione, che sarebbe l'operazione attraverso la quale un sottosistema mette a disposizione di un altro la sua struttura con l'obiettivo in modo tale che la complessità possa continuare ed essere costruita, caratteristica propria del sistema. In conclusione, si può determinare il suo svolgimento non solo in relazione al Diritto ma anche di fronte ad altri aeree come: l'economia, la propria sociologia, la psicologia, eccetera.

1.6. Moderno diritto europeo dei contratti o diritto di recesso

Il Diritto di Recesso si sviluppa principalmente in Europa, con la Convenzione di Vienna sulla Compravendita di Merci, pero possiede origini nella tensione tra i paesi di Dritto Continentale e quelli del "*Common Law*". Cosi, questo sistema è stimolato da un processo di unificazione europeo del contratto, invece di basarsi su una teoria chiara del contratto è un intento d'armonizzare il Diritto Continentale con il <<*Contract Law*>>.

105 Dunque, questi sottosistemi si relazionano tra di loro attraverso relazioni gerarchiche rigide, anche se eventualmente può accadere. Codesti sistemi si differenziano e classificano. Per determinar il limite tra il sistema e l'ambiente circostante, Luhmann ricorre al concetto di produzione (riproduzione, auto-riproduzione e autopoiesi). Per abbattere un sistema è necessario riferirsi alla relazione ambiente/sistema, ciononostante si può ottener lo stesso risultato scomponendo gli elementi del sistema e le sue rispettive relazioni.

Gli strumenti che danno luogo al moderno diritto di recesso sono: [a] Principi del Diritto Europeo dei Contratti per la promulgazione di un Diritto Contrattuale uniforme (PECL). [b] Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali del 19 Giunio 1980. [c] Convenzioni di Vienna [Convenzione de UN sula Compravendita Internazionale di Merci]. [d] I Principi UNIDROIT. [e] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Non si tratta di un elenco tassativo poiché le Direttive Europee ed altri istrumenti si basano nel Diritto di Recesso. Il Diritto di Recesso nasce dalle aspettative infrante dalle parti, e dà origine all'effetto delle obbligazioni, in relazione ad alcune soluzioni che rispondono all'aspettativa infranta del creditore, tuttavia comprese <<in concreto>> (Morales, 2006).

Questo sistema complesso di soluzioni appare di fronte all'inadempimento del debitore, e conferisce al creditore una serie di diritti, come i seguenti: (i) Adempimento o pagamento della prestazione dovuta (ii) Risoluzione del contratto. (iii) Risarcimento per danni. (iv) Riduzione del prezzo (revisione del contratto). (v) Diritto di ritenzione sulla propria obbligazione.

1.7. Teoria del *Law and Economics*

Dalla prospettiva del Law and Economics è possibile elaborare una teoria del contratto che risponderebbe alla domanda: Perché le promesse devono essere compiute? La maggior parte degli autori che si occupano dell'analisi economico strutturano il contratto sull' autonomia della volontà simile a ciò che occorre nel Diritto dei Contratti tradizionali, tuttavia è possibile indicare una matrice differente tra di loro: L'analisi economico regge il contratto nelle aspettative del creditore.

Senza pregiudicare la esistenza di altre tendenze presenti in questa teoria. Cosi, per alcuni autori, come Von Mises, Hayek o Nozick, il contratto non solo si basa nell'autonomia delle volontà ma, anche, impedisce che lo Stato intervenga nel contratto –scartando la sua revisione- neanche di fronte a un deficit del mercato.

Pertanto, per Nozick la esecuzione del contratto si fonderebbe all'interno dello Stato minimo (Nozick, 1990). Secondo questi autori è im-

possibile che attraverso del contratto si possano ottenere obiettivi distributivi e redistributivi. Partendo da questo presupposto, anche per Hayek, il Diritto potrebbe riprodurre negativamente la complessità di un'istruzione spontanea data per la società ed il mercato. Di conseguenza, per il presente autore sarebbe preferibile un "deficit di mercato" che all'intervenzione dello Stato. Nonostante, non tutti gli autori della materia di analisi economico sono d'accordo con queste posture, abbastanza radicali, che negano qualsiasi intervenzione dello Stato nella materia contrattuale.

In base all'analisi economico del contratto non solo è possibile la sua revisione giudiziale, ma risulta essere anche conveniente. Compreso, come si vedrà, il Diritto deve riconoscere l'effettiva inadempienza del contratto ed attribuire i rischi contro l'accordo esplicito delle parti; eppure, gli autori presentano diverse opinioni su questa materia che, anche se possiedono elementi comuni, sono temi di studio e di dibattiti. Finalmente, negli ultimi due decenni è sorta una variante di questa scuola che potrebbe denominarsi economia del comportamento e la neuroscienza, grazie agli auotiri come Daniel Kahneman, David Schkade, Alan Krueger y Richard Thaler (1991). Questa scuola cerca, attraverso del *Behavior Law and Economic,* migliorare le proiezioni del comportamento umano, basandosi nelle scienze relazionate all'economia e al Diritto.

2. TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO E LE REGOLE DEL GIOCO

Secondo la *law and economics* il Diritto dei Contratti fa affidamento a un aspetto positivo, per cui i problemi contrattuali e le diverse figure civili che regolano il contratto devono applicarsi secondo il principio d'efficienza; nonostante, esiste un aspetto negativo, o esclusivo, in base al quale i contratti non costituiscono un mezzo idoneo per ottener una giustizia distributiva. Ultimante, questa affermazione, sebbene ampia, è stata frequentemente messa in discussione. Di fatto, Bayón sottolinea che lo stesso Posner riconosce che la massimizzazione della ricchezza è di indole strumentale e non funzionale (Bayón, 1994). Tuttavia, esistono tre ragioni per i quali non è preferibile utilizzare i contratti come meccanismi per garantire una giustizia distributiva, si procederà nella spiegazione di questi elementi senza compromettere ciò che è stato detto precedentemente:

1) Le aspettative fattibili degli individui si adattano alle aspettative normative tali che, nel caso in cui si proteggessero gli inquilini residenti in alloggi comunali fissando un prezzo massimo di affitto o canone, solo causerebbe la riduzione dell'offerta di sistemazioni basiche –le possibilità di ottenere un guadagno diminuirebbero- e la domanda aumenterebbe –producendo una domanda insoddisfatta-. Ciò accade poiché il Diritto agisce mediante le aspettative normative, al contrario dei contratti che agiscono attraverso le aspettative fattibili, che si procurano dalla reazione degli individui –in questo caso i locatori di fronte alla modificazione della norma per la determinazione del canone massimo-. In questa circostanza, le aspettative fattibili sono pregiudicate dalla determinazione del prezzo massimo d'affitto. Lo stesso occorre, nel caso in cui, una legge aumenta il termine di garanzia nella vendita di un prodotto, per esempio, stabilendo che i produttori si responsabilizzeranno dei possibili difetti dei propri prodotti fino al termine di cinque anni, di conseguenza, dovranno aumentare il prezzo e, ciò che all'inizio era destinato alla protezione del consumatore adesso risulta essere un elemento negativo.

2) La intervenzione nel contratto attraverso una norma di giustizia distributiva cerca di riassegnare le risorse da un gruppo di individui ad altri, in altre parole, dalle persone più benestanti a quelle più povere. Malgrado ciò, il contratto non stabilisce chi è la parte benestante o quella povera. Di conseguenza, in un contratto sia il compratore che il consumatore non devono per forza fare le veci del "contrattante debole", giacché, può accadere diversamente, ovvero, che la parte debole sia il venditore o produttore.

3) L' applicazione di norme distributive della materia di contratti nell'ambito economico e non in un'altra, ostacola l'attività in cui si applica questa norma, incentivando un'inversione nell' aree prive di regolazioni. Queste decisioni producono due effetti:

    a) Un incerto, e talvolta contradittorio, effetto distributivo

    b) Un'importante riduzione di ricchezza poiché l'ambito in cui si interviene produce meno ricchezza e, analogamente, poiché le risorse si spostano artificialmente da una parte all'altra, provocando che un'area sia più lucrativa che l'altra, ciò ridurrebbe la formazione di ricchezza.

In tutti i casi, il principio d'efficienza si impiega con le seguenti restrizioni al Diritto dei Contratti:

c) La regola d'inalienabilità si può basare indistintamente sul criterio d'efficienza o distribuzione. Come accade con le regole paternaliste, nella situazione in cui si proibisce celebrare un contratto dovuto alle considerazioni etiche superiori, come nel caso di non accettare la vendita di organi, o proibire la celebrazione del contratto di compravendita tra coniugi non divorziati giudizialmente, o tra genitori e figli che sono stati sotto patria potestà dei genitori (Calabresi, 1972).

d) Il principio d'efficienza si applica con più forza nei contratti onerosi che in quelli gratuiti; in più, questi fondano nelle considerazioni distributive.

e) Nella teoria dei rischi è possibile applicare l'equilibrio naturale come ultima alternativa. Queste restrizioni possono classificarsi come interne.

A continuazione, si analizzeranno soltanto le prime di queste restrizioni. In cambio, la seconda servirà per fondamentare il Diritto dei Contratti, nelle aspettative reciproche delle parti. A sua volta, la terza restrizione sarà abbordata nella seconda parte della presente investigazione. Tuttavia, è necessario chiarire che i contratti onerosi sono per il Diritto degni di una maggiore protezione, al contrario dei gratuiti –perché attraverso questi opera il mercato-, ovvero, le norme che lo regolano si basano nel principio d'efficienza; mentre, i contrati gratuiti si fondamentano nelle considerazioni distributive. Ciò si intravede quando in quest'ultimi, gli individui decidono di separarsi di una parte della loro ricchezza a favore di un altro.

In determinate situazioni il Diritto esclude la possibilità di negoziare, mediante una regola di inalienabilità, la quale possiede diverse basi come la intrasferibilità dei diritti delle parti dovuto a considerazioni paternaliste, che possono essere di diversa indole. Secondo Calabresi e Melamed la società può dotare agli individui di diritti inalienabili, come succede con i beni di merito. Di conseguenza, per esempio, la società garantisce al soggetto in questione un diritto minimo o basico alla salute, che non si "puó disporre"; codesto diritto si tradurrebbe in prestazioni sanitarie che il titolare non può alienare. Dato ciò, questi autori si porgono la seguente domanda, non è meglio consegnare

all'individuo una quantità di soldi equivalente al diritto che garantisce quella determina prestazione con l'obiettivo che questi soggetti possano accedere direttamente a tali risorse? (Calabresi, 1996).

Nel Diritto dei Contratti si creano frequentemente norme di carattere proibitive o imperative dei requisiti che regolano la sua struttura.[106] Ma, a parte le norme che strutturano la Legge dei Contratti, esistono altre che limitano o restringono l'esecuzione del diritto. Nel Diritto cileno si possono citare numerosi esempi come: la proibizione di celebrare contratti di compravendita tra coniugi non divorziati perpetuamente o tra genitori e figli soggetti alla patria potestà (articolo 1796), le proibizioni del mandatario nell'articolo 2141, e le incapacità per vendere del articolo 1797 o per vendere e comprare degli articoli 1798 e 1799. Questo tipo di norma possiede due fondamenti:

a) Si può considerare che le parti non sono in condizioni ex-ante di accedere a tutte le informazioni di ciò che può accadere *ex-post*. Per cui, un coniuge *ex post* non avrebbe mai venduto nei termini stipulati con sua moglie o marito, se avesse saputo ciò che avrebbe fatto l'altra persona in un futuro; in quest'ipotesi si presume che le parti non possono "prendere una decisione informata o prevista".

b) È possibile, anche, che queste particolari incapacità si basino nella certezza che richiede il Diritto dei Contratti per formarsi. In questo senso, le circostanze che ristringono queste norme cercano di evitare possibili inganni a terzi, per cui, invece di esigere l'accreditamento di mala fede, come succede, per esempio, nell'azione pauliana, dove proibiscono semplicemente la celebrazione del contratto; di conseguenza, si parlerebbe di transazioni classificate inefficienti, ovvero, di restrizioni che si basano in un criterio d'efficienza (Bayón, 1996).

106 Come si vedrà, il diritto a modificare i contratti di comune accordo è una norma di questa genere. Questo si deve al fatto che, anche se le parti si mettono d'accordo nella celebrazione di un contratto immutabile per mutuo consentimento, esse sempre possono modificarlo posteriormente a seconda la propria discrezione. In questo modo, non è possibile creare un diritto a non modificare un contratto per mutuo consentimento. In conformità al sistema giuridico, il diritto delle parti a modificare il contratto per mutuo consentimento è inalienabile.

3. ADEMPIMENTO CONTRATTUALE

Codesta questione è molto ovvia per gli avvocati, che neanche è necessario formularla nonostante quando si procede a stabilirla è con l'intenzione di segnalare che ciò si deve a che i contratti nascono dal consentimento delle parti, questa si riconosce come fonte delle obbligazioni secondo il sistema giuridico mediante il principio di autonomia delle volontà. In questo modo, nella misura in cui il consentimento sia libero e spontaneo vincola le parti, in cambio, ciò che si evidenza attraverso il secondo principio fondamentale dei contratti, il principio della forza dell'obbligatorietà del contratto (*pacta sunt servanda*). Una volta che il contratto nasce alla vita giuridica dà luogo a un'obbligazione, che non può essere alterata per la volontà del debitore, colui che ne ha dato l'origine.

In altri termini, le obbligazioni del contratto sono imperativi a seconda della sua elaborazione, in conformità al processo di formazione che esige il Diritto per la sua nascita, ovvero, deve osservare un processo di negoziazione rispettando la norma (Cooter, 1996). Questo processo è protetto grazie al principio d'uguaglianza delle parti, cioè, solamente attraverso la negoziazione delle parti sulle condizioni in cui stipuleranno il contratto si otterrà un vero contratto. In caso contrario, si otterrà un'altra figura, come uno statuto normativo particolare, pero non un contratto. Ciò ha costituito un argomento di discussione sulla validità dei contratti di adesione per la dogmatica civile.

Tuttavia, nel presente articolo si analizzerà la giustificazione teorica del contratto, in relazione alla autonomia delle volontà, e ai traguardi raggiunti da questo principio per l'analisi economico possono condurre a una applicazione abbastanza legittima del Diritto Civile.

3.1. Contratti e incentivi: aspetti giuridici-funzionali

L'analisi economico, come il Diritto Tradizionale, sostiene il Diritto dei Contratti sull'autonomia delle volontà. Nonostante, è indispensabile precisare che l'analisi economico, per lo più, struttura il contratto sulle aspettative del creditore e, specialmente, sulle aspettative delle parti. Como si è visto fino ad 'ora, questo fenomeno si presenta, anche, nel denominato Diritto di Ricorso. Tuttavia, il Diritto dei Contratti risalente al Diritto romano classico, affermava il contratto nella ritualità, nel Diritto romano post-classico e nel Diritto dell'epoca illu-

ministica introdussero il <<pacta sunt servanda>>. Nonostante queste differenze, l'inadempienza di una promessa pregiudicava le aspettative ottenute durante la contrattazione, codeste sono le cause di tutti i contratti -anche, ella mera liberalità-.

Questo tema è un punto di particolare interesse e che, in qualche modo, è accettato anche dal Diritto tradizionale.L'ordinamento giuridico protegge i contratti, in cui entrambe le parti hanno aspettative circa il loro adempimento, in un modo più forte, rispetto a quelli in cui c'è un'unica aspettativa per ognuna di esse. Nella nostra legislazione è facile apprezzare questa differenziazione che è racchiusa nella distinzione tra contratti liberi - in cui solo una parte ha aspettative in merito al loro adempimento - e quelli onerosi in cui entrambe le parti hanno aspettative in merito alla loro conformità.

Il Diritto garantisce o protegge ampiamente i contratti onerosi rispetto a quelli gratuiti, come si può osservare nelle seguenti materie:

a) L'errore nell'identità della persona opera nei contratti gratuiti, ma secondo la regola generale non invalida i contratti onerosi. In essi la controparte è indifferente, ad eccezione dei contratti fiduciari.

b) Il ripristino dello sfratto opera generalmente solo su contratti onerosi, negando la protezione dello sfratto a contratti gratuiti.

c) Per attaccare un contratto gravoso, attraverso un'azione paolina, sono richiesti più requisiti rispetto a quelli previsti per i gratuiti. In questo modo, l'azione paolina per attaccare gli atti onerosi richiede anche la malafede del debitore e del terzo.

d) La colpa a cui il debitore risponde nei contratti onerosi è lieve, tuttavia, in quelli gratuiti dipende da quale parte è beneficiata dal contratto.

e) Nella donazione irrevocabile è richiesta l'insinuazione e in più altri requisiti. Come si può vedere in tutte queste tematiche, la corazza d'impugnabilità del contratto e la flessibilità dell'autonomia della volontà nei contratti gratuiti è attenuata.

Pertanto, l'ordinamento giuridico non tratta i contratti con aspettative solo per una delle parti allo stesso modo di quelle che presentano aspettative di beneficio per entrambe. Nel *Common Law,* ciò è ancora

più chiaro nella cosiddetta *consideration*. Per mezzo di questo modello sono riconosciuti come contratti solo gli accordi in cui si realizzano operazioni di scambio o affari reali (*bargain*), cioè uno scambio di vantaggi tra le parti contraenti (Dell´Aquilla, 1996).

La distinzione tra contratti gratuiti e onerosi è importante anche nell'analisi economica. Il Diritto è più cauto e riluttante riguardo alla stipulazione e all'esecuzione di contratti gratuiti e più esigente con l'impugnazione dei contratti onerosi. Pertanto, come sottolinea Cooter e Ullen, "i tribunali sono stati cauti sull'adempimento delle promesse che non sono state concesse in cambio di qualcosa". In conformità a queste considerazioni è possibile basare il contratto sulle aspettative del creditore, poiché la sua infrazione non riguarda solo questo, ma l'intera società. Ciò è dovuto all'incertezza che verrebbe generata se le persone al momento della stipulazione del contratto non avessero la protezione della legge.

Alla fine, se non vi è alcuna tutela statale, di fronte dell'incertezza dell'adempimento delle aspettative, si ritornerà a un sistema di conformità istantaneo, ovvero, ci sarà la celebrazione del contratto solo attraverso contratti puri e semplici o mediante l'istituzione di un sistema costoso basato sulla "fama". Questa è la vera base teorica del contratto, i contratti non sono obbligatori perché emanano dalla volontà delle parti, ma poiché, non concedere loro la tutela giurisdizionale significherebbe un danno sociale incalcolabile - influisce sul principio di utilità o massimizzazione della ricchezza, anche, indirettamente, al principio di distribuzione-. In questo senso, va ricordato che il contratto non è altro che un modo per ripartire le risorse e nella misura in cui l'adempimento dei contratti è improbabile o incerto, incide il processo di allocazione.

In questo primo aspetto da analizzare, la teoria tradizionale della Diritto non è sostanzialmente separata dall'analisi economico. In entrambi è chiaro che ciò che è legalmente promesso deve essere compiuto; tuttavia, come si è visto, i fondamenti della tutela dello Stato sono diversi. Il fatto che l'esecuzione dei contratti si basi sulle aspettative del creditore ci consente di capire perché il sistema legale protegge più pesantemente i contratti onerosi rispetto a quelli gratuiti. Nei contratti onerosi, le reciproche aspettative consentono lo sviluppo del commercio; d'altra parte, nei contratti gratuiti, le aspettative del creditore sono unilaterali, poiché le aspettative del debitore non esistono, le loro azioni si basano sulla "mera liberalità" o "beneficenza".

In breve, i contratti gratuiti sono una forma di distribuzione di risorse che può essere buona o cattiva, ma che per il Diritto e l'analisi economico non si ispira al principio della libera circolazione dei beni o allo sviluppo del commercio o al principio di efficienza. Per questo motivo, i contratti gratuiti di regola non si basano sull'efficienza, ma su considerazioni di distribuzione, equità o inalienabilità. Un secondo punto da studiare in questa analisi tra Diritto Tradizionale Contrattuale e il *law and economics* sono gli effetti della violazione degli obblighi. In questa materia, l'analisi economica è separata dalla legge tradizionale.

3.2. Diritto dei contratti: posture contrapposte

In questa sezione saranno analizzate le basi teoriche della tutela dello Stato per l'adempimento del contratto e gli effetti delle obbligazioni. Come si vedrà, il contratto dal punto di vista del Diritto Contrattuale Tradizionale, come dal *law and economics* non differisce sostanzialmente, ma entrambi i modi di vedere la legge sono separati attorno all'infrazione delle obbligazioni, poiché, l'analisi economica incorpora il concetto dell'effettiva inadempienza del contratto.

3.2.1 Tutela legale e i contratti

La protezione giuridica mirata nei casi d'inadempienza del contratto da parte del debitore si basa sulla certezza. A seconda del grado di sicurezza delle parti, nel caso in cui la controparte non rispetti quanto promesso, possono procedere alla protezione della legge può, il mercato funziona. In breve, per le parti del contratto gli è indifferente il comportamento cooperativo della controparte. Gli effetti del contratto sono indipendenti dalla giurisdizione interna del debitore. Pertanto, la volontà delle parti acquisisce vita propria e indipendente dai fattori che l'hanno impulsata, e le parti contraenti non possono ritrattarsi dall'adempiere alle obbligazioni ricorrendo alla propria volontà. Il contratto ammette la sua revisione solo in relazione alle volontà che lo hanno originato, da una visione statica, che ora viene chiamata consenso. Perciò, i requisiti per l'esistenza e validità del contratto si dirigono al momento della sua celebrazione, l'ordinamento giuridico non consente al contratto di essere continuamente soggetto a controllo giurisdizionale dovuto ai fattori di certezza del diritto.

La giustificazione teorica della tutela giudiziaria nei contratti rispetta il modo in cui la dogmatica civile ha compreso il contratto, ma dal punto di vista dell'analisi economica la sua giustificazione differisce. Prima di entrare nello svolgimento di questo tema, è essenziale spiegare la necessità di tale tutela. L'analisi economico di solito giustifica la protezione legale del contratto attraverso la teoria dei giochi. Questa teoria ci consente individuare che i soggetti non coopereranno nei loro rapporti contrattuali, se non esistesse una tutela legale, a meno che non dispongano d' informazioni che forniscano loro di fiducia nell'adempimento della controparte.

La teoria dei giochi di solito giustifica la protezione offerta dallo Stato e dal Diritto Contrattuale in un gioco sottoposto alle seguenti regole:

a) Non esiste alcuna tutela giurisdizionale dello Stato che esiga l'adempimento di quanto promesso (lo quale scoraggerà la possibilità di contrarre in modo differito).

b) Il gioco si svolge tra due giocatori, che devono decidere se investire in un contratto in modo differito. Nel caso in cui si celebra un contratto in modo puro e semplice -come nel prezzo e nella consegna in contanti nella vendita- non ci sarebbe alcun rischio, poiché gli obblighi di correlazione saranno adempiuti immediatamente e non importa che non vi sia alcuna tutela legale.

c) La decisione di ciascun giocatore-parte di compiere o non adempiere ha una risposta dalla controparte per compiere-investire o non rispettare ciò che si è sato stipulato (appropriarsi dell'investimento della controparte e non cooperare).

Adesso, si procederà con la revisione del seguente caso: supponiamo che "A" debba decidere se acquistare un'auto pagando il prezzo in contanti a "B", ma con il termine di consegna del veicolo. L'auto per "A" vale 1,0 quindi deve decidere se pagare quel prezzo. Se "A" paga tale importo, "B" avrà le seguenti opzioni:

a) Cooperare, in questa situazione "A" riceverà l'auto, che è valutata a 1.0, e "B" riceverà 0,5 (1-0,5). Pertanto, "B" vende l'auto perché lo valorizza a 0,5 e con il pagamento del prezzo guadagnerà 0,5.

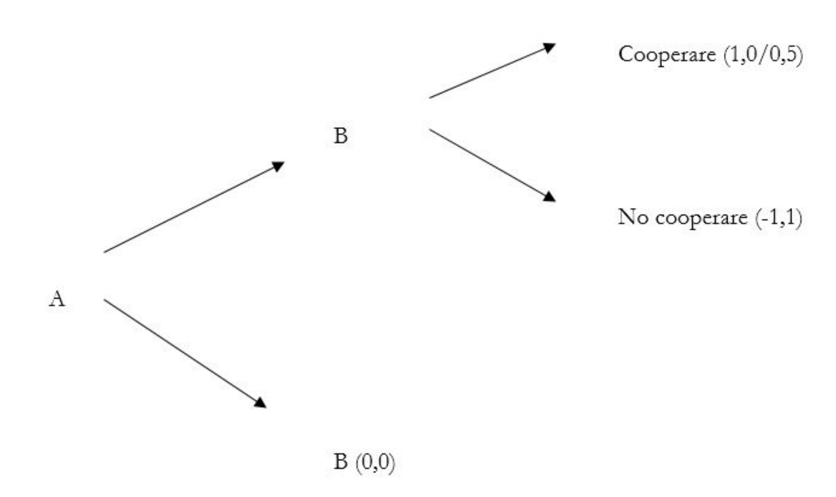
b) Non collaborare. In tal caso "B" manterrà la macchina e guadagnerà la somma di 1,0, che è ciò che "A" ha pagato. "A", che è in grado di rappresentare questi possibili scenari, deciderà che, dal momento che non può ricorrere alla tutela legale, se "B" agisce razionalmente, non coopererà, quindi deciderà di non rispettare e appropriarsi della disposizione di "A".

Questa teoria può essere obiettata dal punto di vista che nelle società primitive in cui non c'era la legge, avvenivano ugualmente intercambi; ma ciò conferma soltanto l'importanza del ruolo del Diritto. Questo si verifica, giacché, nelle società primitive ciò che prevale è il baratto -l'adempimento di ciò che si promette non è differito- e la fiducia. Cioè, dal momento in cui "A" è il fratello di "B", molto probabilmente "B" rispetterà. Ciò conferma la funzione della legge, come alternativa alla fiducia o del "prestatore di fiducia", poiché la quantità di transazioni che si verificano in una società di questo tipo è molto inferiore rispetto a un'altra in cui non è necessario ricorrere alla fiducia o al baratto come forma maggioritaria di intercambio differito.

Anche questo tipo di contratti, in cui prevale la fiducia, sono cariati. Se abbiamo l'informazione che la controparte è molto affidabile e ci troviamo in una società in cui i diritti non sono esecutivi, la controparte ci farà pagare un prezzo eccessivo per la fiducia (Akerlof, 1970).

In sintesi, la base del diritto contrattuale sarebbe quella di sostituire o garantire un elevato grado di fiducia nel fatto che ciò che era liberamente consentito potesse essere richiesto da una forza legittima. Questo criterio ci consente inoltre di qualificare se la regolamentazione dei contratti è adeguata o meno, dal punto di vista normativo. Ad esempio, date le regole del giusto processo (Figura No 1), i diritti del creditore in materia di conformità sono illusori, il che si tradurrà naturalmente in un diritto contrattuale inefficace e inefficiente.

Figura 1.



In conclusione, il fondamento del Diritto Contrattuale sono compresi in modo simile, sia per l'analisi economica sia per il diritto contrattuale tradizionale. Tuttavia, questi modi di vedere la Legge sono separati nel trattamento degli effetti degli obblighi o della violazione del contratto. Successivamente, la violazione sarà studiata dal punto di vista del diritto e del *law and economics,* che verrà confrontata con la visione tradizionale del diritto contrattuale tipica del dogmatico civile cileno.

3.2.2 Effetti generati per l'inadempienza

È in questa parte che l'analisi economica della legge tradizionale si separa davvero. Il nostro sistema legale generalmente garantisce un diritto alternativo al creditore all'esecuzione forzata o alla risoluzione del contratto con un risarcimento danni.[107] Invece, l'analisi economica si concentra sulle aspettative infrante del creditore, che possono portare ad accettare una violazione efficace del contratto. Cotter e Ullen propongono due formule per spiegare l'effettiva conformità dal punto di vista del diritto tradizionale e dal punto di vista dell'efficiente conformità del contratto, che sono analizzate di seguito.

107 Non fa al caso, entrare nei dettagli su questa tema, giacché, come è stato detto, gli effetti delle obbligazioni differiscono nel Diritto cileno

3.2.3 Esecuzione Effettiva[108]

Costi dell'adempienza para il promittente o debitore > Responsabilità del promittente o debitore = Incupimento.[6]

Responsabilità del promittente o debitore > Costi dell'adempienza per il promittente o debitore = Adempienza.

In conformità con il modo tradizionale in cui opera il diritto civile, la responsabilità civile contrattuale darà diritto al creditore di risarcire il danno in un importo pari o superiore ai costi di conformità o ai danni che la violazione provoca al creditore. Questi danni potrebbero includere il miglior uso alternativo, che il debitore può dare a causa - come se assegnasse la cosa a un'altra destinazione. La legge dovrebbe interiorizzare tutti i costi di non conformità attraverso la responsabilità civile (regola di responsabilità). Finché ciò accade, la conformità dovrebbe sempre avvenire, solo il debitore non si atterrà a non possedere beni o essere in grado di eludere l'esecuzione.

In effetti, l'essenza degli effetti degli obblighi è centrata sul risarcimento dei danni, poiché il rispetto forzato per regola generale - come si vedrà - procederà solo dalla cosa detenuta dal debitore e alla fine il suo regolamento potrà essere deriso; Tuttavia, può darsi che il debitore in violazione, in attesa degli effetti del contratto, sia quello che dà una destinazione migliore all'oggetto e celebra su di esso un atto con una terza parte. In tal caso, anche se il creditore non opta per il rispetto forzato, ma per la risoluzione con risarcimento per danni compensativi non vi sarebbe una migliore ripartizione del diritto a esistere costi di transazione, o nella misura in cui la Corte sopravvalutasse i danni dal primo creditore.

3.2.4 Rivalutazione dell'adempienza

Costi dell'adempienza per il debitore > Beneficio dell'adempienza per il recettore de la promessa o creditore = inadempienza efficiente.

Beneficio dell'adempienza per il recettore della promessa o creditore > Costi dell'adempienza per il debitore = adempienza efficiente.

108 L'inadempienza del contratto per l'economia consiste nel prezzo di rispettarlo.

La responsabilità civile, secondo l'analisi economica del Diritto, richiederà non solo la non conformità, ma anche la sua "inefficienza", nel qual caso la responsabilità deve essere uguale al beneficio che la conformità rappresenta per il "creditore". Attraverso questa formula si può rompere efficacemente il contratto ogni volta che i costi per il debitore sono a carico, vale a dire il vantaggio che ottiene dalla rottura del contratto è maggiore del beneficio che la conformità rappresenta per il creditore. In altre parole, il Diritto deve consentire al debitore di dare una destinazione più efficiente alla cosa dovuta, attraverso la negoziazione con un terzo, che potrebbe essere, ad esempio, un secondo acquirente, e compensare il creditore (primo acquirente) del modulo sopra indicato. A questo proposito, si dovranno distinguere diverse situazioni:

a) Affinché il debitore dia una destinazione più efficiente all'oggetto, l'acquisizione del dominio da parte del primo creditore deve essere in attesa di stabilire una condizione, un termine o qualsiasi causa - può anche essere dovuta a negligenza del creditore o del debitore -; ma se il debitore opera la tradizione, non sarà più tale perché avrà adempiuto al suo obbligo (l'obbligo si sarebbe estinto dal suo pagamento) e il modo di acquisire la tradizione opererebbe, quindi non sarà in grado di dare alla cosa una destinazione più efficiente. In quel caso, nella legge cilena, saremmo nel caso di vendere qualcos'altro, che è regolato dall'articolo 1815 del codice civile.[109]

b) L'obbligo di consegna o trasferimento è in sospeso, se nessuno degli acquirenti è entrato in possesso e la consegna è stata fatta a entrambi, sarà preferito quello a cui è stata effettuata la consegna per prima, se nessuno è stato consegnato , secondo l'articolo 1.817 del CC, prevarrà il titolo più antico.

109 Questo tema è interessante, e conduce alla seguente riflessione: un ladro potrebbe appropriarsi di qualcosa, venderlo, e compensare al venditore-proprietario, ottenendo in questo modo una efficiente assegnazione di risorse? La risposta è negativa ed è determinata dalle considerazioni etiche superiori e da ciò che stabilisce la norma in questione. Questo si deve al fatto che il secondo contratto non sarebbe mai opponibile al vero proprietario, a meno che agisca la prescrizione acquisitiva del dominio. L'articolo 1815 del Codice Civile stabilisce che: "la vendita di oggetti appartenenti ad altri vale, senza pregiudicare i diritti del proprietario della cosa venduta, purché non siano estinti per il lasso di tempo".

Quello che prevale sul titolo più vecchio, significa che se è presente il creditore più vecchio - nell'esempio il primo acquirente - in questa situazione prevarrà sul secondo acquirente. Secondo il teorema di Coase nel caso in cui i costi di transazione non impediscano la negoziazione tra il primo acquirente e il secondo acquirente, assegneranno il diritto in modo più efficiente. Tale negoziazione avrà effetto, poiché ex ante, il secondo acquirente saprà dell'esistenza dell'articolo 1.817 e negozierà con il primo acquirente. Detto questo, si può notare che, poiché vi sono costi di transazione, la soluzione che fornisce questo problema è l'articolo 1.817 del C.C. È rilevante. In questo modo, anche se le parti assegnano efficacemente il diritto al nuovo acquirente e l'articolo 1.817 supporta tale decisione, è possibile che il risarcimento dei danni a cui la Legge condanna il debitore (venditore) sia tale da impedire l'accordo con il nuovo acquirente.

Pertanto, se il risarcimento dei danni in caso di risoluzione del contratto è superiore al beneficio, che la conformità avrebbe segnalato al primo acquirente, la migliore assegnazione del diritto non avverrà nella misura in cui supera il valore maggiore che esso concedi la cosa al secondo acquirente. Per questo, è necessario analizzare, se nel caso in cui fosse impossibile non ottemperare, il beneficio che la conformità avrebbe generato per il primo acquirente, che equivale a un risarcimento per danni compensativi e moratori, è inferiore al beneficio della violazione per il venditore - il costo opportunità da incontrare per il debitore.

Cioè, l'estensione della compensazione deve essere equivalente alle aspettative interessate del primo acquirente e non a beneficio del debitore inadempiente. La stessa conclusione si raggiunge se il secondo acquirente raggiunge un accordo con il venditore con il quale è colui che entra in possesso della cosa. Così, come l'articolo 1.817 del C.C. stabilisce le regole di preferenza, gli avvocati del venditore e il secondo acquirente potrebbero raggiungere un accordo che rende impossibile l'adempimento del contratto per il primo acquirente. Tuttavia, questa soluzione non è definitiva perché un fallimento efficiente si verificherà solo nella misura in cui i tribunali compenseranno solo le aspettative infrante del primo acquirente, perché in caso di sopravvalutazione, gli avvocati del venditore, e infine il secondo acquirente, raccomanderanno di non celebrare il secondo contratto.

3.2.5 La determinazione delle aspettative infrante

I tribunali, come indicato, devono essere in grado di determinare in ogni caso le aspettative pregiudicate, che in molti casi non sarà facile da fare. Nel calcolo di cui sopra, possono verificarsi i seguenti scenari:

a) I tribunali calcolano aspettative più elevate di quelle reali. In tal caso, il debitore, secondo il criterio ex ante, sarà inibito dalla violazione del contratto e rispetterà. Affinché sia possibile applicare il principio dell'effettiva violazione del contratto, i tribunali non dovrebbero valutare i danni del creditore oltre i danni effettivi (aspettativa del creditore). La sopravvalutazione dei danni può modificare ex post la rinegoziazione di un contratto o incoraggiarne l'adempimento in circostanze in cui è preferibile che non venga rispettato. Nel Common Law, questo aspetto è particolarmente rilevante nell'interferenza di responsabilità extracontrattuale o danno in violazione del contratto - questa interferenza è chiamata *Tortious interference* (Mc Chesney, 1999).

b) I tribunali calcolano aspettative inferiori a quelle reali. In questo caso, il debitore, secondo i criteri ex ante, violerà il contratto troppo facilmente. In questo caso, il debitore ricorrerà facilmente alla non conformità, a favore di un altro, che offre un importo superiore alle aspettative danneggiate e sottovalutate del creditore.

3.2.6 contratti, inadempienza e resposabilità extracontrattuale

L'analisi economica dei sistemi di responsabilità - sia soggettivi che oggettivi - è stata ampiamente studiata nella responsabilità degli incidenti automobilistici. Molte delle considerazioni fatte dall'analisi economica della Legge, relative alla responsabilità oggettiva nella responsabilità extracontrattuale, sono applicabili in materia contrattuale. Ciò è dovuto al fatto che la responsabilità contrattuale opera in modo molto simile alla responsabilità oggettiva, poiché la violazione di un obbligo contrattuale è considerata colpevole.

Pertanto, in termini di contratti con meno cautela nel contratto principale è la fiducia che si ha nell'adempimento. Nella misura in cui il sistema legale consente una gamma più ampia di possibili motivi di nullità o esenzioni o mitigazioni di responsabilità, il debitore avrà meno incentivi per adempiere al contratto. Il fatto che la Legge sta-

bilisca una gamma ampia o molto ristretta di possibilità per evitare la conformità influirà sulla condotta aziendale e sul livello degli investimenti. Pertanto, se vi sono meno meccanismi per giustificare il default, il creditore effettuerà investimenti e rischi più che se i motivi per consentire il default sono ampi. Quindi il regolamento influenzerà gli estremi - largamente rispetto a cause di inefficienza limitate - con lo stesso rigore della fiducia.

Ma come un'estrema fiducia, un ordine rigoroso nell'adempimento della promessa non è efficiente, poiché il creditore sarà trascurato e non adotterà un livello di assistenza efficiente. Inoltre, la legislazione di queste caratteristiche porterà il debitore a interiorizzare i costi del rigore della legge e del contratto in modo più oneroso di quello efficiente. D'altra parte, lo stesso accade se la legge stabilisce ampi motivi di inefficienza del contratto, nel qual caso il creditore deve interiorizzare i costi del rischio di insolvenza e contrarre in condizioni diverse, adottare garanzie addizionali, espandere gli investimenti fino a quando la conformità non è vera, stipulare un contratto con una parte che ha una buona "reputazione" come adempiente, in questo caso il debitore addebiterà al creditore un sovrapprezzo per tale effetto; in breve, sarà assunto "in modo inefficiente".

4. CONTRATTI E FIDUCIA

Come notato, la Legge fornisce alle parti la certezza di cui hanno bisogno per contrarre, cioè cerca di garantire che la fiducia non sia un ostacolo alla conclusione del contratto. Ma come nella realtà i contratti vengono violati, quindi la fiducia viene compromessa e le parti incorporano tale possibilità di inadempienza come costo del contratto. L'ordinamento giuridico, nonostante sia un fornitore affidabile, non è in grado di determinare il livello ottimale di fiducia in relazione al rischio, quindi sono le parti a determinarlo. Successivamente, verranno analizzati alcuni aspetti rilevanti della fiducia.

1) I rischi della fiducia

Uno dei temi più interessanti dell'analisi economica del contratto è la fiducia. Nella misura in cui una parte per qualsiasi motivo si fida dell'altra, si verifica il seguente fenomeno:

Il creditore di cui si fida prende meno garanzie riguardo alla conclusione e all'adempimento del contratto, questo non è necessariamente negativo, dal momento che "spende" di meno in protezione, cioè riduce i costi e, quindi, il prezzo. I rischi della fiducia possono essere della seguente classe:

a) Alta, ad esempio, quando il contratto non è formalizzato o non viene richiesto alcun parere nella negoziazione del contratto.

b) Mezzi, se il contratto è formalizzato in qualche modo e viene utilizzato un tipo di consulenza.

c) Basso, come se fossero usati specialisti e garanzie personali e reali.

d) La parte che si fida investe negli effetti che la conformità produrrà, poiché ha l'adempimento dell'obbligo, sarà disposta ad assumersi rischi e ad investire in affari collaterali per l'atto o il contratto in sospeso.

Tutto quanto sopra produce che la conformità è più conveniente per chi si fida, ma se ha torto, ovvero se il debitore alla fine non si attiene, la violazione sarà "più costosa". Ciò è evidente, dal momento che le garanzie legali non sono state prese in modo che l'obbligo diventasse esecutivo o rapidamente applicabile. In questo modo, i costi del trust comporteranno perdite per il creditore, che deriveranno dalle spese di investimento e dalle spese post-default (consulenza più costosa rispetto a quando fossero state adottate le garanzie appropriate al momento della negoziazione del contratto, etc..).

2) Regola della fiducia ottima

Probabilità dell'adempienza da parte del promittente o debitore X Incremento del valore dell'adempienza causato dalla fiducia addizionale > Probabilità dell'inadempienza da parte del promittente o debitore X Incremento del costo dell'inadempienza provocato dalla fiducia = Maggiore fiducia è, a sua volta, più efficace.

La legge crea incentivi per raggiungere un livello adeguato di fiducia. In questo modo, viene punito un livello di fiducia "eccessiva", che rende difficile dimostrare il danno nelle aspettative di non conformità, impedisce l'uso di alcuni mezzi di prova - come accade negli articoli 1.708 e 1.709 del CC -, aumenta il i costi nell'elaborazione del processo - a causa della mancanza di prove e di adeguati meccanismi di esecuzione,

come se non esistesse un titolo esecutivo - o, infine, viene stabilita l'assoluta impossibilità di provare l'esistenza del contratto (come accade se le solennità sono adeguatamente trasgredite tale) e, di conseguenza, dell'obbligo. Il Diritto in questi casi estremi punisce l'eccesso di fiducia causando la perdita della protezione legale.

3) Il paradosso della compensazione.

Cooter e Ullen spiegano questo paradosso come quello prodotto dalla difficoltà di richiedere ad entrambe le parti di internalizzare i benefici della precauzione - che deve essere integrata come costo per il debitore - e dell'eccesso di fiducia - che deve essere interiorizzata come costo per il creditore. Questo paradosso si estende a tutta la Legge e consiste nel sottolineare come far sì che entrambe le parti adottino il livello di assistenza o la conformità ottimale, se il risarcimento deve essere regolato da due principi contrastanti: uno di essi indica che la vittima / debitore deve essere completamente risarcita e in virtù dell'altro: nella misura in cui la vittima / il debitore non si presta la dovuta cura deve sostenere i costi. Cooter e Ullen risolvono questo dilemma confrontando profitti e costi marginali, poiché i costi totali non dovrebbero essere internalizzati. In questo modo, la compensazione comprende i benefici marginali della precauzione che il debitore riceve meno i costi marginali della fiducia del creditore.

5. CONTRATTI E RISCHI

Possibilmente, il contratto è violato non solo da un fatto del debitore, ma può anche verificarsi un caso fortuito o di forza maggiore, in questo caso è necessario analizzare ciò che accade ai rischi. La legge contrattuale tradizionale affronta la violazione accidentale attraverso la cosiddetta teoria del rischio, che mira a determinare chi subisce i rischi del caso fortuito in relazione all'obbligo correlativo che non deve essere determinato dalle parti.

Tuttavia, secondo un criterio ex ante, non sarà sempre efficace che tutti i rischi possano essere previsti nel contratto, inoltre, in molti casi sarà efficiente a causa dei costi di transazione che tale allocazione produce che non è così. Per l'analisi economica della teoria del rischio -e persino della teoria imprevista- conduce semplicemente all'analisi del rischio. È il caso di sottolineare che per la legge e l'economia nella

teoria dell'imprevedibilità, i rischi dovrebbero essere assegnati come se fossero fatti in caso di violazione accidentale.

5.1.1 Rischi e i contratti: il contratto perfetto

Per studiare i rischi, all'interno del processo decisionale che influenza i contratti, è necessario fare riferimento al concetto di contratto perfetto. Il contratto è perfetto se prevedete tutti i possibili rischi di non conformità che potrebbero influire su di voi. Pertanto, il contratto perfetto non richiede regole addizionali.

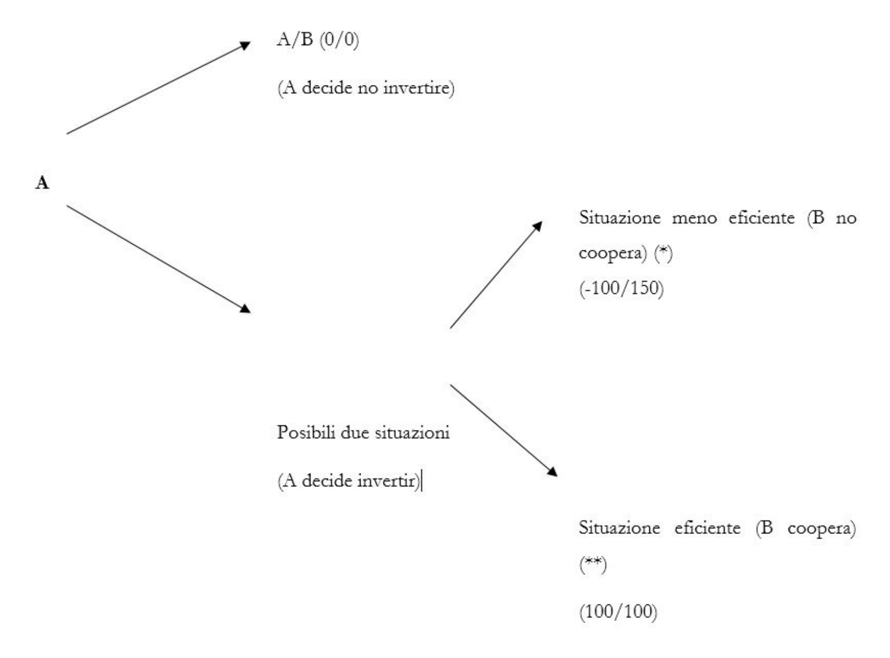
Siamo di fronte a un concetto ideale, come il mercato perfetto, ovvero che le parti sono a conoscenza di tutti i rischi del contratto e i costi di transazione sono inesistenti. Nel contratto perfetto, poiché i rischi sono assegnati, il caso fortuito non influisce sul contratto perché le parti sono in grado di prevedere l'imprevisto ed è già ponderato e assegnato (Ott, 1986).

Nel contratto perfetto le parti assegnano correttamente i rischi e di conseguenza le risorse. Pertanto, data una violazione fortuita, la Legge deve ricostruire il contratto perfetto per ottenere un'allocazione ottimale, ma poiché in realtà ci sono costi di transazione, il rischio verrà analizzato in caso esistano tali costi.

5.1.2 La problematica dei rischi

L'assegnazione dei rischi nel contratto incide sulle obbligazioni che ne derivano. Ad esempio, nella vendita, se l'acquirente si assume tutti i rischi del contratto, dovrebbe acquistare a un prezzo inferiore; D'altra parte, se è il venditore che si assume tutti i rischi, allora è l'acquirente che deve pagare un prezzo superiore per questo. Secondo R. Gertner nei casi in cui le parti non dispongono di tutte le informazioni e si ha un forte incentivo ad avere comportamenti opportunistici, lo Stato deve regolare e scoraggiare tale comportamento. Ancora una volta, è possibile spiegare questo caso attraverso la teoria dei giochi (Figura 2):

Figura 2.



Nel caso presentato da Gertner, si può vedere che le parti non avranno un incentivo a negoziare la situazione (*), anche se "B" compensa "A", sarà conveniente farlo solo per un importo inferiore a 50, ma tale somma non è sufficiente per compensare "A", che richiede una somma superiore a 100. Pertanto, se lo Stato ritiene "B" responsabile di tutti i danni nella situazione (*) "B" non ottiene più 150, ma 50; quindi confrontando quello scenario con (**), "B" sceglierà di avere un atteggiamento cooperativo, poiché se coopera ottiene 50 ulteriori. Pertanto, in relazione ai costi di transazione, l'attribuzione del rischio effettuata dalla Legge sarà rilevante. Ma l'intervento dello Stato non è sempre desiderabile, ma solo in alcuni casi, come se ci fossero asimmetrie di informazione; che possono essere prodotti mediante occultamento di fatti o informazioni, ex ante (prima del contratto) o ex post (al momento dell'esecuzione del contratto).

L'opportunismo ex post si verifica in tutti quei casi in cui una delle parti può imporre, dopo la conclusione del contratto, modifiche abusive. Ciò è molto comune nei contratti in cui una delle parti deve assumere costi sommersi, vale a dire costi che in linea di principio

sono irrecuperabili sul mercato.[110] Tali costi vengono recuperati solo eseguendo il contratto. In questa situazione, la controparte ha a suo favore uno strumento di pressione, se minaccia di violare la parte che ha sostenuto tali costi, di rompere il contratto, se la clausola abusiva non viene rispettata.

Ad esempio, alcuni partner decidono di formare un canale televisivo in Brasile, per il quale devono ottenere l'autorizzazione dal Ministero della Pubblica Istruzione di quel paese. Nella misura in cui una parte investe molto denaro nel progetto, prima della sua approvazione questi sono costi sommersi, dal momento che questo investimento non è recuperabile sul mercato, come potrebbe essere se tali risorse fossero state investite nella costruzione di un impianto per la fabbricazione di merci. Di fronte a questi comportamenti opportunistici e ad altri fallimenti del mercato, Jolls propone che il diritto contrattuale consenta alle parti di stipulare contratti non modificabili, anche previo mutuo consenso successivo.

È anche possibile che l'intervento dello Stato in materia di contratti sia prodotto da asimmetrie informative (Posner, 1998). Pertanto, un buon modello di contratto - o una buona teoria economica del contratto - colmerà le lacune contrattuali, nei casi in cui si verificano asimmetrie informative, il che incoraggerà le parti a non avere un comportamento opportunistico. In caso di malfunzionamento del sistema, le parti devono investire in informazioni per evitare comportamenti opportunistici; ma poiché questi costi sono elevati in molti casi non si verificheranno accordi. Quindi, considera cosa è successo nei paesi dell'ex orbita sovietica alla caduta del muro, per investire in quei paesi devi investire in molte informazioni. Motivo per cui l'analisi economica dei contratti nel fondo cerca che il sistema giuridico incoraggi comportamenti cooperativi.

In questo modo, nella negoziazione del contratto, le spese di informazione sono un costo che diminuirà i benefici, il che potrebbe portare a decidere di non investire. Ma anticipare le situazioni e garantire

110 Su quest'ipotesi si produce solitamente una rinegoziazione del contratto dovuto all'incremento del potere di una delle due parti, ciò è denominato secondo l'analisi economica come una minaccia distruttiva che risponde a una promessa esorbitante. Analizzare l'esempio del capitano e della rinegoziazione del contratto con l'equipaggio in Alaska, senza che gli operai abbiano alcuna competenza o il caso del mal samaritano.

responsabilità - attraverso garanzie personali o reali - può generare meno benefici di quelli ottenuti non avendo tutte le informazioni o non prevedendo tutti i rischi. Questo perché le informazioni saranno utili solo nella misura in cui il costo marginale della loro produzione è uguale al vantaggio marginale ottenuto da esse.

Il rischio che le parti assumono nel contratto si riflette nelle obbligazioni sottoscritte. Nella vendita incidono principalmente sul prezzo. Pertanto, ad esempio, se una persona acquista un orologio per strada, a causa dell'insicurezza dell'origine del prodotto e della mancanza di garanzia, saranno disposti a pagare un prezzo che rifletta questi rischi o se viene concluso un contratto di vendita su un terreno, che può eventualmente essere soggetto a una riqualificazione del terreno, il prezzo deve riflettere tale eventualità. Ma sia il prezzo, sia i rischi che una parte del contratto è disposta ad assumersi, dipenderà dalla propensione al rischio di ciascun contraente.

6. TEORIA DELLE IMPREVEDIBILITA'/CAUSALITA' ADEGUATE E DEI RISCHI

La teoria della imprevedibilità per l'analisi economica non è che la determinazione di chi subisci i rischi, dando esattamente lo stesso se il sinistro è a causa di un'impossibilità fisica –come succede con il caso fortuito o per forza maggiore nella teoria dei rischi-o economica –come nella teoria della imprevedibilità. Quindi come è stato detto la teoria dell'imprevedibilità –e, incluso la teoria dei rischi –conduce semplicemente all'analisi dei rischi. Comunque sia come il dogmatico civile distingue queste teorie, dopo aver esaminato le soluzioni che dall'analisi economica del Diritto contro alla teoria dell'imprevedibilità e i rischi, di cui si analizzerà ognuna di esse.

6.1. Generalita' Giuridico-Economiche

Secondo l'analisi economica dei contrati, per poter applicare la teoria dell'imprevedibilità né la legge né le parti devono avere regolato, in modo diretto o indiretto, il rischio imprevisto, cioè, la teoria dell'imprevedibilità esige che i rischi non siano precedentemente assegnati da una norma di legge o dalle parti. Scartate queste possibilità, è necessario ricorrere ad una secondo momento nel quale si devono applicare i seguenti criteri di assegnazione:

Deve assumere i rischi la parte che potrebbe evitarli a un minor costo. In questa fase l'assegnazione del rischio ha un limite importante "deve essere razionale", sia dalla prospettiva della sua prevenzione, come dall'importanza del danno a cui si risponde. Sebbene, il rischio sia stato previsto, a minor costo da una delle parti, quest'ultimi non devono essere più alti che la probabilità del danno, Hand Formula. Cosi, la parte in cui si assegna il rischio può non rispondere del rischio totale, già che può essere stato poco razionale che la parte avesse contrattato a quei termini o di averlo fatto sarebbe stato ragionevole esigere alla controparte un obbligo più gravoso- questo punto si svilupperà in seguito-.

a) In caso in cui ciò non sia possibile, si deve fare responsabile alla parte la quale è riuscita ad assicurarsi il rischio a minor costo.

b) Se neanche quanto sopra fosse fattibile, perché, ad esempio, non esiste un'assicurazione delle caratteristiche che richiede il rischio, si deve ricostruire il contratto. Ma il contratto si ricostruisce come se le parti nella sua elaborazione avessero avuto l'informazione necessaria per valutare i rischi (Ott 1986).

Non è il caso di fermarsi nei dettagli in questa materia, nonostante, non è possibile lasciare da parte che se le teorie dei rischi e dell'imprevedibilità sono regolate *dalla lege ferenda*, questi criteri devono essere presi in considerazione. A continuazione, si analizzeranno questi criteri attraverso alcuni casi ipotetici:

a) R. Cooter e T. Ulen indicano, come un caso di teoria dell'imprevedibilità, una compagnia promette di perforare un pozzo per un proprietario terriero, quello per cui una società promette di perforare un pozzo per un proprietario terriero, ma il trapano si imbatte in una roccia impenetrabile di granito. Il contrato né l'abitudine non dicono nulla di questa situazione e l'adempimento, sebbene possibile, è eccessivamente, onerosa- come se l'azienda dovesse sviluppare una nuova tecnologia di perforazione-, quindi l'azienda si giustifica dall' adempiere il contratto sostenendo la teoria dell'imprevedibilità. In questa situazione, secondo l'analisi economica, il giudice dovrebbe condannare all'azienda perché quest'ultima ha la possibilità di prevedere i rischi al minor costo possibile. Dall'altro canto, di essere impossibile ciò, si dovrebbe analizzare se fosse fattibile stipulare un'assicurazione di responsabilità per l'azienda la quale dipenderà la possibilità di accedere alle informazioni sul

trapano che poteva fallire. Se ciò non fosse stato possibile o non esistessero queste assicurazioni per questo genere di sinistro, si devono regolare i danni mediante una supposizione di come avrebbero contrattato le parti se fossero state a conoscenza del rischio.

b) Per migliorare l'analisi studierò il classico esempio cileno elaborato da J. López Santa María (1986) sulla teoria dell'imprevedibilità. Una società venezuelana che si occupa di estrazione di petrolio fornirà duecento mila tonnellate di petrolio greggio con i costi di trasporto a carico di quest'ultima a una società cilena; dopo la prima consegna, in modo assolutamente imprevedibile, si chiude il canale di Panama, ciò altera i costi di trasporto della società venezuelana e questo fa sì che economicamente sia impossibile rispettare il contratto, perché- quindi provocherà enormi perdite o addirittura la rottura,-allora è possibile che la società venezuelana sia esonerata dall'adempimento per l'applicazione della teoria dell'imprevedibilità? Secondo l'analisi economica, la società venezuelana è quella che ha potuto evitare i rischi a costi molto inferiori, già che è una società abituata a realizzare questi tipi di contratti e che ha esperienza nei trasporti di petrolio greggio nei paesi della regione. Anche, la società venezuelana potrebbe negoziare una clausola mediante la quale riversa il rischio alla società cilena o all'azienda di trasporto o stipulare un'assicurazione-se ciò fosse possibile.

c) Altrettanto, si possono analizzare innumerevoli casi, per esempio se un ospedale pubblico decidesse di acquisire mediante un contrattato di fornitura un determinato farmaco, che si continua ad utilizzare da vent'anni, da un laboratorio con consegne mensili per un anno. Però, dopo la prima consegna, si scopre un farmaco più efficace ed economico per la cura della malattia. In quel caso, ha diritto l'ospedale di sollecitare l'applicazione della teoria dell'imprevedibilità? In base a quanto è stato detto prima, non ha il diritto perché l'ospedale impone le basi di rifornimento e in esse poteva regolare il rischio, stabilendo la possibilità di offrire diversi prezzi dipendendo dal fatto di chi assume il rischio.

In sintesi, per l'analisi economica, la teoria dell'imprevedibilità non ha un'applicazione differente a quella della teoria dei rischi, quindi si deve assegnare il rischio di imprevisto alla parte che ad un minor costo è riuscito ad evitarlo.

L'analisi economica è un contributo significativo in questo aspetto, poiché mette in discussione la forma in cui si regolano i rischi nel nostro sistema giuridico. Nel Diritto cileno, con applicazione degli articoli 1.550 e 1820 del Codice civile, i rischi sono del creditore. Per valutare questa soluzione, l'analisi economica applica un approccio ex ante in virtù del quale si cerca che la Legge, attraverso la sentenza, assegni in modo efficiente i rischi per casi futuri.

Così, il debitore, che sa che il rischio è assunto da lui, adotterà le misure che tendono ad evitare la distruzione della cosa, che alla fine segnalerà in modo definitivo un beneficio sociale netto (criterio di efficienza); In questo modo, non solo si analizzano le conseguenze della soluzione per il caso concreto, ma le conseguenze della sua soluzione in un certo senso o nell'altro per l'intera società (social welfare).

Sebbene non sia possibile stabilire una soluzione a priori, senza verificare il caso concreto, si potrebbe sostenere che la soluzione adottata dagli articoli 1550 e 1820 del C.C in principio non è efficiente, poiché il debitore, nell'avere la cosa in suo possesso, sarà in una condizione migliore nell'evitare il sinistro o più facile stipulare un'assicurazione sulla cosa in questione.

6.2. Diritto civile cileno: pacta sunt servanda e la teoria dell'imprevedibilita'/causalita' adeguata

La dottrina cilena ha effettuato due letture dell'articolo 1545 del C.C: da una parte, ha segnalato che il contratto non può essere modificato per la volontà di uno dei contraenti, ma una parte di essa è andata oltre e ha capito che il contratto si assimila alla legge. Esso porta a una serie di conseguenze, procedendo all'appello straordinario per inflazione della legge del contratto contro la sentenza, che ricade su di essa, e di negare la teoria dell'imprevedibilità (Maza,1942).

La prima posizione sembra essere del tutto accertata, però la seconda è più che discutibile (Mazeaud, 1960).

Questa seconda posizione ha portato una parte della dottrina a segnalare che il giudice non può '' rettificare il contratto '' e quindi rifiutare l'applicazione della teoria dell'imprevedibilità.

A continuazione, si analizzerà se la teoria dell'imprevedibilità /della causalità adeguata ha un posto nel sistema giuridico cileno. Per far fronte a questa domanda si deve prima studiare se la seconda lettura dell'articolo 1545 del C.C. sia corretta. A tali fini dividerò il trattamento dell'articolo 1545 del C.C. in due parti. Nella prima si indica che ''ogni contratto legalmente concluso è una legge per i contraenti''. questa disposizione ha la sua fonte mediata nel Digesto (D. 2,14,1) che a sua volta, è servito di ispirazione all'articolo 1.134.1 del Codice, che è il precedente dell'articolo in studio. Il Digesto nella disposizione citata si riferisce alla legge come 'editto'', questa parola è servita come base per sviluppare la metafora che assimila il contratto alla legge.

Cosi aveva inteso L. Claro Solar per il quale il giureconsulto romano, in questa disposizione, utilizza solo una espressione metaforica, che rappresenta il principio della forza obbligatoria del contratto nella sua prima interpretazione. Questa delucidazione era assolutamente necessaria nel Diritto Romano post-classico, poiché nel Diritto Romano classico non obbligavano semplici alleanze (Schulz, 1960). Il legislatore francese non seppe resistere alla bellezza della metafora romana, e assimilò il contratto non alla sentenza, ma alla legge: però non si può dedurre che il contratto sia una legge veritiera. Questa conclusione si vede rafforzata dalla seconda parte del Digesto (D.2,14,1) che afferma: "allora, cosa è così soggetto alla lealtà umana che nel rispetto degli uomini ciò che hanno concordato?"; vale a dire, viene chiarito che solo si sta applicando il principio della forza obbligatoria del contratto in relazione con la prima delle letture dell'articolo 1.545 del C.C. Cileno.

Fermo restando, la seconda interpretazione potrebbe mantenersi in virtù della stesura della seconda parte dell'articolo 1545 del C.C. cileno, che aggiunse, a differenza del Codice civile napoleonico: '' e non può essere annullato se non per mutuo consenso o per cause legali'' in virtù di questa frase si può capire che il contratto può essere solo modificato dalle parti o dalla legge e mai per verifica giudiziaria. Tuttavia, tale argomento non è convincente, già che la norma fu modificata nei progetti del 1842 e 1847 nei quali si utilizzavano l'espressione '' revocato'' invece di 'annullato''.

Cosi, recentemente nei progetti del 1853 e inediti appare l'attuale stesura. Questa modifica mette in chiaro che il contratto può essere invalidato, cioè annullato per mancanza di consenso o per cause legali. Comunque sia, la stesura definitiva dell'articolo 1545 del C.C. in nessun modo influisce sulla teoria della causalità adeguata, perché

questa opera sulla struttura del contratto e non comporta la nullità, né la risoluzione, ma precisamente la ‘’verifica del contratto ’’.

Dall’altra parte, è insostenibile comprendere che Bello o la Commissione di revisione furono rigorosi nella stesura dell’articolo 1545 del C.C. La Dogmatica civile, molto tempo dopo la promulgazione del Codice civile, ha sviluppato una teoria delle inefficienze, che è anche più che discutibile nel Diritto comparato. Per ciò, è difficile che il Codice di Bello volesse realmente evitare revisioni del contratto nell’articolo 1545 del C.C. La norma menzionata non si può applicare letteralmente, perché il suo tenore letterale lo impedisce. Ciò è evidente dal momento in cui il contratto non può essere convalidato per il mutuo consenso, in quanto le parti in nessun caso possono cancellarlo dalla nullità. Non ci dimentichiamo che è chiaro che l’invalidità risponde alla nullità del contratto.

D’altra parte, l’attuale dogmatica è contraria all’interpretazione che è stata fatta in Cile nell’articolo 1545. Inoltre, oggigiorno, questa disposizione è perfettamente spiegabile attraverso la teoria dell’autonomia privata. Gli affari legali, che devono essere intesi come inclusi nell’articolo 1545 del C.C., almeno se viene adottato un ampio concetto di atto giuridico, creano diritti soggettivi e oggettivi. Il contratto può stabilire uno statuto regolamentare esattamente uguale a qualsiasi norma. In questo modo, non è strano che la dottrina civile si riferisca agli effetti regolatori del contratto o del contratto come “creatore di norme”. Ma ciò non significa che il contratto “sia come una legge”. La legge ha un rango superiore rispetto al contratto inteso come raggio normativo e ovviamente nella sua interpretazione si potrebbe concludere che la revisione del contratto è ammessa (Ferri, 2001).

6.2.1. La teoria dell’imprevedibilita’/ causalita’ adeguate in cile

Lasciando da parte la dottrina che sostiene che la teoria dell’imprevedibilità non ha posto per l’interpretazione che si effettua del 1545 del C.C.- che come abbiamo visto è abbastanza discutibile-, inizierò ad analizzare se è fattibile applicare questa teoria in assenza di norma espressa. Per parte della dottrina esso è perfettamente possibile, mediante l’applicazione delle seguenti figure:

a) Affettazione dei requisiti interni dei contratti. Alcuni autori credono che si possa applicare l’imprevedibilità come conseguenza delle norme che regolano la formazione del consenso nel contratto,

come la causa o la natura onerosa commutativa del contratto. Per i seguaci di questa posizione la causa, intesa come la ragione che induce le parti, non si presenta ai presupposti della teoria dell'imprevedibilità.

b) Esecuzione del contratto. Per alcuni autori è possibile ricorrere alla buona fede per applicare la teoria dell'imprevedibilità/ causalità adeguate. Dato che i contratti non devono solo essere conclusi in buona fede, ma anche devono essere eseguiti in questa forma, il creditore che esige un beneficio che si è trasformato in 'mostruoso' non agisce in buona fede.

c) Per altri autori l'obbligo costituisce un dovere di condotta in funzione della esecuzione della presentazione, in tal senso ciò che esige il sistema giuridico alle parti è 'un comportamento' e per determinarlo si deve ricorrere al grado di colpa. In questo modo, se il rischio fosse molto remoto si potrebbe esigere al debitore che risponda a una lieve colpa, vale a dire che una accurata diligenza che un uomo giudizioso userebbe per anticipare situazioni di rischio nei propri affari, come nell'obbligo del beneficiario di restituire. In cambio, se nel contratto il debitore risponde di lieve colpa, come nel commercio, allora il debitore risponderà solo in caso in cui il fatto impensabile fosse possibile di provvedere con l'ausilio che gli uomini impiegano solitamente nei propri affari.

d) L'equità. Visto che la teoria dell'imprevedibilità non è regolata, esiste un vuoto di legge contro il quale si deve applicare come criterio integrativo l'equità naturale, in conformità con gli articoli 24 del C.C. e 170, n. 5 del Codice di Procedura Civile e al principio procedurale di inescusabilità (Dorr, 1999).

6.2.2 Critiche e conseguenze dell' adozione delle anteriori posizioni

Per sapere se adottare qualcuna delle precedenti posizioni, bisogna studiare le conseguenze dell'applicazione alla teoria dell'imprevedibilità/causalità adeguate e se la base teorica che la sostiene è adeguata, è come dire, il giudice può rivedere il contratto. Pertanto, il giudice deve avere la possibilità di modificare il contratto, regolandone gli effetti o addirittura lasciarlo senza effetto.

a) Affettazione dei requisiti interni del contratto

Gli autori che seguono questa posizione comprendono che la causa opera come una causa finale immediata, cioè, come il motivo che induce a contrattare (conforme alla teoria francese della causa determinante o impulsiva), anche se parte della dottrina capisce che manca la causa efficiente.

Cosi accadrebbe quando le parti non potevano prevedere le condizioni future, che trasformarono il beneficio in mostruoso, il che produce il contratto a soffrire di mancanza di causa. Però, questa teoria sembra ignorare che la nullità del contratto dovuta alla mancanza di causa, lo lascia senza effetto retroattivo e impedisce al giudice di ricontrollarlo.

Di fronte a questa obiezione, si può indicare che in questi casi si potrebbe applicare la teoria della nullità parziale. In questo modo, il giudice deve analizzare se la clausola annullata influisce sulle altre clausole contrattuali in modo tale da contaminare l'intera attività legale, presumendo che le parti in tali condizioni non abbiano assunto o si verifichi il contrario e siano interessate solo determinate clausole del contratto.

Ma neanche cosi, con questa condizione si può applicare la teoria della causa, poiché è un requisito interno dell'atto giuridico che si deve adempiere al momento della sua stesura. Questo è un aspetto importante con il quale deve essere respinta anche la simulazione che alcuni autori hanno fatto tra la teoria dell'imprevedibilità e l'enorme danno.

La sproporzione nell'enorme danno si produce al momento di contrattare, visto che, aumenta successivamente o il valore della cosa diminuisce sproporzionatamente mentre è in sospeso il pagamento, quindi si procede con la teoria dell'imprevedibilità/causalità adeguate.

In questo modo, se esistesse il danno maggiore non potrebbe esserci la teoria dell'imprevedibilità, poiché la sproporzione nei benefici esisteva da molto prima. Lo stesso succede con la causa, in questo modo se si stabilisce un contratto d'affitto di una casa che è destinata alla dimora e successivamente - ad esempio, passati sei mesi – l'affittuario decide di dargli uno scopo proibito dal sistema giuridico, non si può dire che il contratto abbia una causa illecita, ma che vi sarà una violazione degli obblighi dell'affittuario nell'assegnare la casa per uno scopo legittimo, fatta salva la rispettiva responsabilità penale che potrebbe rientrare.

b) L'esecuzione dei contratti in buona fede come applicazione della teoria dell'imprevedibilità

Consiste nel concludersi di questi in modo onorato, ovvero, leale. Per vedere se è possibile adottare questa posizione, si deve determinare se il contraente che pretende la conclusione della prestazione, la quale si è trasformata priva di buona fede nei requisiti del suo credito. In principio, considerare suddetto comportamento in contrasto con la buona fede sembra essere difficile, poi se il cambio nelle circostanze beneficia il debitore- perché rendono l'obbligo meno oneroso, dal fatto che esiste, per esempio, un nuovo modo di trasporto molto economico o se la valuta nazionale sia valutata in un debito in valuta estera-, allora il creditore non può richiedere la teoria dell'imprevedibilità per poterla imporre al debitore che paghi di più e condivida i benefici esterni.

Quindi, sembra chiaro che se il creditore sollecita la conclusione del patto non significa che sia poco leale con il debitore; tuttavia, e accettando che non è così- è per dire, accettando che il creditore nell'esigere l'adempimento non agisce con buone intenzioni – come influirebbe sull'esecuzione del contratto? L'articolo 1558.1° del C.C. che regola la frode in materia di adempimento degli obblighi, però non è applicabile a questa situazione, visto che si riferisce solo alla frode del debitore.

Ciò è dovuto al fatto che in sede contrattuale è difficile immaginare la frode o la negligenza del creditore nell'adempimento, tranne quando si rifiuta nel ricevere ciò che è stato pagato nei residui di stanziamento.

L'altra possibilità di regolare gli effetti della teoria dell'imprevedibilità è capire che nelle ipotesi che lo danno, l'adempimento del contratto costituisce un reato civile[111] (Peñailillo, 2000), ma in tal caso sarebbe meglio ricorrere alla teoria di abuso di legge.

Questa possibilità non può essere adottata nemmeno perché la nostra giurisprudenza è riservata ad applicare questa teoria. Un'altra possibilità, in assenza di una norma espressa che regola le conseguenze di questo presunto atto che agisca in contrasto con le buone intenzioni, è di lasciare la determinazione della portata della modifica del contratto a discrezione giudiziaria, generando un alto grado di insicurezza

111 In ogni caso questa è un'ipotesi discutibile per il quale si considera che un fatto generi responsabilità contrattuale e extracontrattuale, in quel caso si dovrà analizzare il diritto di opzione o il cosiddetto accumulo di responsabilità.

nell'adempimento del contratto. In sintesi, l'applicazione del principio dell'esecuzione dei contratti in buona fede alle ipotesi della teoria dell'imprevedibilità ha lo svantaggio di non fissare un criterio rettore dell'azione giudiziaria.

Pertanto, in alcuni casi, l'atto del creditore in contrasto con la buona fede potrebbe significare che il beneficio, anche se eccessivo, è parzialmente mantenuto - condividendo i rischi tra il creditore e debitore - e in altri il rischio potrebbe essere assegnato nella sua interezza a una delle parti o in proporzione considerevole. Ma stabilire una linea di demarcazione che permetta distinguere chiaramente i presunti obiettivi a cui si applicano queste conseguenze sembra impossibile attraverso la totale nozione di buona fede. In breve, l'analisi precedente porta alla conclusione che non è possibile applicare la teoria dell'imprevedibilità attraverso il principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti, poiché tale applicazione potrebbe portare a un alto grado di perdita di certezza nella teoria dei contratti senza a scapito di ciò, in Spagna la teoria dell'imprevedibilità viene applicata proprio attraverso questo principio, ma come limite quando agisce il creditore e tale interpretazione non ha portato a generare grande insicurezza del traffico grazie alla sua applicazione restrittiva.

c) La terza posizione presume che è fattibile attraverso la teoria dell'atto o degli affari legali sia possibile applicare la teoria dell'imprevedibilità, evitando di ricorrere ad essa nella sua totalità per evitare che il Diritto dei contratti perda la certezza giuridica

Questa posizione, sebbene interessante, è sbagliata. Questi autori comprendono, ad esempio, che si può considerare che la teoria dell'imprevedibilità può essere applicata attraverso il grado di colpa. Il grado di colpa viene utilizzata per determinare se concorre il requisito di imputabilità nell'adempimento del contratto, che ritiene responsabile il debitore per i danni previsti.

Tuttavia, il debitore non risponde mai dei danni imprevisti, a meno che non abbia concordato la responsabilità per tali danni o si sia verificata la frode. Da quanto è stato detto prima, è possibile concludere che il contratto non potrebbe mai essere eseguito, poiché se il danno è imprevisto, deve essere subito dal creditore, cioè non verrà indennizzato. Questa conclusione è errata, perché in questo caso non è opportuno applicare le norme che disciplinano il risarcimento dei danni, ma quelle che regolano l'adempimento forzato dell'obbligo.

In questo modo, il creditore, nel caso in cui si verifichino i presupposti della teoria della causalità adeguate, non è interessato a sollecitare la risoluzione del contratto con il risarcimento di danni, ma l'adempimento forzato dell'obbligo con risarcimento moratorio. Questo può essere visto dal classico esempio della teoria dell'imprevedibilità, se a causa di una svalutazione della valuta del 1.000% il debitore che doveva $ 1.000.000 a 10 pesos, cioè $ 10.000.000, adesso ha un debito di $ 100.000. 000; quindi non è possibile applicare le regole dei danni diretti previsti, ad esempio, è possibile che il dollaro nel peggiore dei casi per il debitore raggiunga $ 10,4, quindi dovrebbe essere un danno per $ 14.000.000–, ma le regole di conformità forzata, ovvero il creditore richiederà il pagamento di $ 100.000,0000.

d) La quarta posizione applica l'equità naturale all'adempimento del contratto

L'applicazione dell'equità al contratto è assolutamente contraria alla sua logica, poiché si basa su un criterio di giustizia commutativa, invece, l'equità è un concetto proprio di Giustizia distributiva. In tal senso, l'applicazione di questo brocardo alla teoria dell'imprendibilità porta a un accordo "equo" del beneficio colpito dal fatto imprevedibile. In questo modo, il danno sarebbe ripartito "equamente tra le parti", in linea di principio significherebbe che, salvo qualche considerazione speciale, il rischio sarebbe diviso nel 50% per ciascuna. Pertanto, applicando questa condizione all'esempio precedente, il debitore deve pagare $ 50.000.000, in questo modo il rischio - e il beneficio / danno - sarebbero distribuiti equamente, il debitore non sarebbe tenuto a pagare $ 100.000.000, ma 50.000.000 e il creditore potrebbe solo richiedere $ 50.000.000.

Ma questa interpretazione è anche insicura per la certezza richiesta dal contratto, poiché il giudice potrebbe considerare che i rischi in realtà dovrebbero essere distribuiti in un'altra proporzione perché una parte stavano in condizioni migliori per prevedere il rischio o ha contratto un obbligo esterno, ad esempio, in dollari o qualsiasi altra causa simile. Tutti questi criteri potrebbero essere considerati come equi in relazione a una situazione particolare, tuttavia, aggiungerebbero grande incertezza all'adempimento del contratto che potrebbe influenzare seriamente lo scambio di beni; nonostante, come si vedrà, questa posizione non dovrebbe essere scartata del tutto, specialmente nei casi privi di legge.

Tuttavia, è difficile applicare nel sistema giuridico cileno la teoria dell'imprevedibilità attraverso le teorie precedentemente sollevate, tranne, forse, applicando il principio di Buona fede o eccezionalmente equità. Ma questo non è consigliabile perché nessuna di queste posizioni consente di stabilire regole chiare intorno alle conseguenze del giudizio che accoglie questa teoria. Tuttavia, questa valutazione è inconcludente: è ora necessario analizzare se de *lege ferenda* è appropriato per adottare questa teoria.

D'altronde, è difficile applicare nel sistema giuridico cileno la teoria dell'imprevedibilità attraverso le teorie precedentemente sollevate, tranne, forse, mediante l'applicazione del principio di Buona fede o eccezionalmente l'equità. Ma ciò non è consigliabile perché nessuna di queste condizioni consente di stabilire chiare regole intorno alle conseguenze del giudizio che approva questa teoria. Tuttavia, questa valutazione non è concludente: ora è necessario analizzare se de lege ferenda è conveniente adottare suddetta teoria.

6.2.3 Teoría dell'imprevedivilita'/ causalita' adeguate: riflessioni

La revisione giurisdizionale del contratto crea una grande incertezza nel suo adempimento, è fondamentale ricordare che lo sfondo storico di questa figura è la *clausola rebus sic stantibus* che ha portato giusto a questa situazione, che a sua volta come conseguenza l'ha trascinata nel dimenticatoio tra i fini del XVIII secolo e inizio XIX secolo. In questo senso, il caso argentino è suggestivo, che ha accolto presto questa figura - attraverso la modifica dell'articolo 1.198 del suo codice civile con la legge 17.711 del 1968 - in termini generalmente accettati dalla dottrina; ma che nelle parole dell'autore cileno C. Illanes la sua applicazione da parte dei tribunali ha completamente sfigurato il senso e lo scopo della legge (Illanes, 1999). Per quanto riguarda le critiche - a mio avviso giustificate - che questa teoria possa influire sulla certezza nell'adempimento degli obblighi contrattuali, la sua accettazione dipende piuttosto dai criteri con cui i tribunali l'applicano.

In breve, per quanto riguarda la convenienza del suo regolamento, si possono individuare le seguenti conclusioni:

a) L'esperienza dei diversi paesi che hanno adottato questa teoria - via giurisprudenziale o legale - non coincide nel mettere in pericolo il principio della sicurezza del diritto[112] 10. Lo si vede dal confronto tra il Diritto spagnolo e quello argentino. Da questi casi ne consegue che non necessariamente la regolamentazione per legge di questa figura garantisce un rischio inferiore di ampia applicazione della teoria dell'imprevedibilità.

b) In ogni caso sembra meglio stabilire criteri restrittivi per l'applicazione di questa teoria, altrimenti la sua ampia applicazione potrebbe influire sulla certezza giuridica che i Diritto dei Contratti richiede. In ogni caso, è consigliabile limitare questa teoria a casi eccezionali di imprevedibilità reale, che, come abbiamo visto, non sono comuni.

c) L'analisi economica è un potente meccanismo per applicare questa teoria, ma attraverso una riforma che deve essere estesa anche alla teoria dei rischi. Il sistema di Diritto Continentale in questo senso può costituire un limite importante all'applicazione di questa teoria economica al campo del Diritto, non solo perché implica una conoscenza tecnica dei giudici, ma soprattutto a causa della rigidità dell'applicazione del diritto nel diritto continentale (Kirchner,1991).

6.3. Teoría dei rischi in Cile

È perfettamente possibile applicare l'analisi economica dei contratti nella teoria del rischio, secondo un atteggiamento positivo in alcuni casi, senza la necessità di apportare modifiche al nostro Diritto positivo. Per fare questo, quindi, si studierà la teoria del rischio nella Diritto cileno.

Per il Diritto francese, che il rischio sia del creditore è una consacrazione dell'aforisma romano che le cose periscono per il proprietario (res perit domino). Questo è dovuto perché tale Legge il creditore è il proprietario della cosa dalla sottoscrizione del contratto perché i diritti reali nascono dai contratti. Il codice civile cileno avrebbe adottato la stessa soluzione dell'articolo 1.138 del codice, nei suoi articoli 1.550 e 1.820 senza ulteriori riflessioni, quindi, se si applica il suddetto aforisma romano, il rischio dovrebbe essere del debitore e non del creditore.

112 Ciò nonostante, un numero rispettabile di autori si pronuncia a favore della loro consacrazione attraverso una legge.

Questo perché nella nostra Legge il debitore rimane proprietario fino a quando la tradizione non opera. Con l'applicazione dell'articolo 1.820 i rischi di perdita accidentale della cosa dovuta ricadono nel compratore che, inoltre, di non avere il diritto di esigere la cosa per aver operato tale modo di estinguere gli obblighi, deve pagare integralmente il prezzo della vendita. Questa critica, diffusa qualche tempo fa, fortunatamente, è stata dichiarata ingiusta e inesatta. È molto importante notare che questa conclusione è tratta dalla semplice lettura del lavoro di Claro Solar.

Bello avrebbe applicato negli articoli 1550 e 1820 non il massimo che le cose periscono per il proprio proprietario, ma la regola *perit emptoris*. Nel diritto romano non era efficace applicare, nel caso della perdita accidentale della cosa nella vendita, l'assioma che le cose periscono per il proprietario. Cio era dovuto al fatto che gli obblighi contrattuali per il diritto romano non erano collegati tra loro; quindi, estinto un obbligo per un evento di forza maggiore, non influenzava l'obbligo correlativo, che era totalmente indipendente dall'obbligo estinto (Rovira, 1996).

Questa era la posizione di Pothier e degli autori che si basavano sulla Diritto naturale, come Puffendorff. La stessa opinione conteneva la maggior parte dei classici francesi. Per questi autori, se il contratto fosse nato e fosse stato perfetto, non poteva essere toccato nella sua integralità semplicemente perché l'obbligo di una delle parti era estinto accidentalmente. In tal senso, all'interno di questa logica era possibile influenzare l'integralità del contratto con nullità o risoluzione che non si applicano a questa ipotesi. In breve, come sottolineava Claro Solar ed attualmente Elorriaga, la critica a Bello non è giusta, sottolineando che avrebbe erroneamente tradotto la regola che le cose periscono per il proprio proprietario del Diritto francese a quello cileno. Nonostante quanto precede, ciò non impedisce di ricontrollare la posizione adottata dal diritto civile cileno. In principio, dato il numero di eccezioni a questa regola, non è per niente chiaro se la regola generale sia la *res periti creditori o res periti debitori.*

Dall'altro canto, dal punto di vista nettamente civile dal vincolo reciproco degli obblighi nei contratti per mezzo della risoluzione-che, senza dubbio, è uno dei più notevoli contributi del Diritto Canonico al Diritto civile –e la causa- che sanziona l'assenza di causa negli obblighi reciproci con la nullità-non si può rinnegare che gli obblighi sono vincolati tra di loro in relazione ai propri effetti e requisiti di validità ed esistenza.

Le obbligazioni correlative sono collegati e questo può essere chiaramente visto nella violazione degli obblighi, che dà luogo alla risoluzione del contratto ad eccezione del contratto non adempiuto o nella teoria della causa. In questo modo, il fatto che un'obbligazione perisca accidentalmente- senza colpa del debitore - deve influenzare l'obbligazione correlativa, sebbene sia necessario chiarire che non siamo di fronte ad un caso di nullità o risoluzione dell'obbligazione o del contratto. Questa prima obiezione ha semplicemente lo scopo di comunicare che è possibile arrivare ad una conclusione, che i rischi sono a carico del debitore, senza quindi abbattere l'intero diritto civile.

Il secondo aspetto è fondamentale e ha a che vedere con l'obiezione dell'equità o della legge naturale. Se nel caso fortuito non è possibile applicare nessuno dei criteri di efficienza indicati nello studio dell'analisi economica e delle teorie del rischio e dell'imprevedibilità, invece di imporre arbitrariamente il rischio a una o all'altra parte, è molto più equo dividerlo in parti uguali. In questo modo, se la teoria del rischio opera in uno dei casi non regolati dal codice civile, il creditore deve compiere metà dell'obbligazione correlativa o il peso della conformità con l'obbligazione correlativa sarà distribuito equamente.[113]

Anche se non è il caso di analizzare i diversi casi in cui si discute se si applica l'articolo 1.550 del C.C. Mi fermerò agli obbligazioni di fare e non fare. La dottrina discute se la disposizione indicata possa essere applicata agli obblighi di fare e non fare. Ciò che è chiaro è che esiste un vuoto di legge, poiché gli articoli 1.550 e 1.820 si applicano solo alle obbligazioni di una determinata specie o organismo. In considerazione di ciò, si potrebbe concludere che, dal momento che si trova di fronte a un vuoto di legge, medesime norme devono essere applicate per analogia; Tuttavia, questa condizione dovrebbe essere scartata, in quanto non è chiaro quale sia la regola generale in termini di rischio.

Ciò è dovuto alle tante eccezioni in cui i rischi riccadono sul debitore, che potrebbe concludersi- come la fa una parte importante della dottrina- che la norma generale è quella inversa, ovvero, che i rischi sono del debitore. Di fronte a questo approccio l'unico che rimarrà sarà ricorrere all'articolo 24 del C.C. e in particolare all'equità naturale come criterio integrativo e permettere che il giudice possa stabilire

113 Questa materia merita un'analisi molto più dettagliata di quella precedentemente sposta, il quale ha come obiettivo proporre nuove soluzioni in conformità al Diritto e proporre modifiche della *lege ferenda*.

unaregola giusta per il caso concreto. Per ciò, la soluzione dipenderà dalle particolarità del caso che si presenta.

In questo senso il giudice può applicare come criterio d'equità la divisione del rischio in parti uguali o in una particolare proporzione del rischio- nella misura che i precedenti del caso lo meritassero- Ma il giudice potrà risolvere in linea al principio di efficienza e applicare i criteri segnalati nell'analizzare la teoria del rischio in base all'analisi economica. Cosicché il giudice potrà utilizzare il principio di efficienza tenendo presente lo spirito generale della legislazione, in linea all'articolo 24 del C.C. e al principio della responsabilità contrattuale.

7. CONCLUSIONI

Di ciò che è stato segnalato, si ottiene l'esclusione della interpretazione sostenuta tradizionalmente dalla dottrina civile intorno al principio della forza obbligatoria del contratto, in conformità a ciò che è stato indicato nell'analizzare l'articolo del C.C. Il principio della forza obbligatoria del contratto non è un ostacolo per consentire la revisione del contratto, e poter interpretarlo e integrarlo in base al principio di efficienza. L'interpretazione proposta dall'articolo 1545 del C.C. ha anche alcune conseguenze importanti intorno al Diritto Tradizionale, poiché potrebbe permettere l'applicazione della giurisprudenza della teoria dell'imprendibilità. Comunque sia è raccomandabile della lege ferenda non solo la fissazione di criteri chiari per la revisione giudiziaria del contratto ma aver la possibilità di modificarlo contro le parti e permettere che quest'ultime possano sottoscrivere contratti ' non modificabile per reciproco consenso' in linea a ciò che è stato detto precedentemente:

a) Si deve modificare l'interpretazione dell'articolo 1545 del C.C. che assimila il contratto della legge. Da quanto studiato qui si può concludere che l'articolo 1.545 del C.C. non è un ostacolo all'applicazione della teoria dell'imprendibilità, ma ciò che rende difficile applicare medesima teoria è la mancanza di rigore delle soluzioni suggerite e i rischi di aumentare la mancanza di coerenza del diritto privato. D'altro canto, esiste il pericolo che se la revisione non ha un adeguato supporto teorico, può generare soluzioni inefficienti o, peggio ancora, influire sulla certezza. L'analisi economica del Diritto in questo ambito permette la revisione del contratto, in conformità con i principi di efficienza in primo luogo e di equità in ultimo.

b) L' applicazione dell'analisi economica non mette in pericolo la certezza del Diritto dei Contratti. Incluso, si possono sviluppare teorie più elaborate applicabili a casi speciali, come quella sostenuta da Jolls. Per l'ideatrice il sistema giuridico deve prevedere la possibilità che le parti possano accordare di stipulare contratti non modificabili, anche per mutuo consenso. Come nel Diritto Continentale e anche il Diritto Comparato si applica l'aforisma: ' le cose si disfanno e si fanno' in questo modo, le parti che accordarono una clausola di queste caratteristiche possono lasciarla senza effetto. Ma Jolls sostiene che questo è solo un criterio cronologico che deve ammettere eccezioni.

   In realtà, può essere che una modifica consentita contrariamente a ciò che si sostiene dalla letteratura in materia dell'analisi economica diminuisce il benessere sociale. Succede dal momento in cui una parte a cui la violazione genera costi maggiori - perché, per esempio, deve ricevere una macchina con la quale fabbricherai alcune merci per un ordine importante che, se non rispetti, comporterà perdite ingenti - verrà ricattato dalla controparte per accettare una modifica del contratto che in altre circostanze non accetterebbe.

c) Meno rigidità dell'analisi economica attorno all'adempimento letterale di quanto stipulato dalle parti. Nell'assegnazione dei rischi non è sempre ottimale la distribuzione. Per esempio può succedere che una parte abbia assunto un rischio più economico di quello assegnato alla sua controparte. Ciò può realizzarsi quando il processo di negoziazione non è stato efficiente, come accade se i costi di transazione sono elevati. Quindi potrebbe essere che per la parte "A" sia più economico assumersi i rischi perché ha più informazioni o semplicemente perché può negoziare meglio con una compagnia di assicurazioni.

   Se i rischi gli assumesse "A", pagherà un premio di $ 40, invece, se gli assumesse la controparte "B", pagherà $ 2.000. Come indicato da Coase, anche se viene assegnato il rischio dal Diritto a "B", nella misura in cui non ci siano costi di transazione, "A" sarà disposto a sostenere i costi se "B" compensa qualsiasi importo che superi $ 40 e meno di $ 2.000, che presumibilmente "B" sarà più che disposto a fare, ma potrebbero esserci costi

> In questo caso "B" non sarà disposto a pagare ad "A" $ 2,040 per l'assunzione dei rischi e si arriverà alla soluzione inefficiente che "B" assuma i rischi. Ciò potrebbe accadere se, ad esempio, le condizioni preferite del premio "A", se conosciute da "B", possono causare gravi danni commerciali a causa della gestione strategica delle informazioni. In questo caso è preferibile che il sistema legale ridistribuisca i rischi e li faccia cadere su "A" e non rispetti quanto concordato dalle parti. In questo caso, ex-ante le parti che conoscono la norma legale non faranno cadere i rischi in "B", ma piuttosto in "A" ("A" si assumerà i rischi nel negoziare con "B" senza fornire le informazioni sul perchè gli conviene assumere quel rischio). Ciò equivale a sottolineare che il sistema giuridico dovrebbe disciplinare il contratto come avrebbero fatto le parti se avessero posseduto tutte le informazioni o nell'esempio se non vi fossero stati costi di transazione.

Con le opere che ho scritto su contratti e analisi economiche ho cercato di fornire un supporto teorico al contratto e alla sua revisione da una prospettiva coerente. Tale supporto teorico non può non affrontare i casi di controllo giurisdizionale del contratto - o da una prospettiva più tradizionale le eccezioni dell'applicazione della forza obbligatoria del contratto -. È il caso di sottolineare che questa teoria del contratto affronta il più potente fantasma che il diritto privato deve affrontare, così come la perdita di coerenza di fronte a tutte le materie che fanno eccezione all'applicazione dei suoi principi fondamentali: l'autonomia della volontà, l'uguaglianza delle parti e la forza obbligatoria del contratto. Ciò diventa evidente se viene analizzato l'ampio elenco di argomenti che fanno eccezione alla teoria tradizionale del contratto. Per evidenziarne alcuni, si possono indicare le seguenti:

a. Teoria dell'imprendibilità.

b. Le condizioni generali dell'impegno.

c. Arricchimento ingiusto.

d. Teoria della tutela del consumatore.

e. Nuovi argomenti come l'illecito atipico di Manuel Atienza e Juan Ruiz, ecc.

In breve, una teoria coerente dei contratti evita l'esistenza di un amalgama di micro-regolamentazioni che invece di indurre gli appaltatori ad agire conformemente alle norme esistenti, creano una tale confusione che aumenta l'incertezza nell'esecuzione del contratto e dei suoi costi di transazione. La nostra legge ha il vantaggio che, dopo aver ritardato l'applicazione di questi regolamenti particolari, è possibile affrontarli in base allo stesso supporto teorico. Ma l'analisi economica dei contratti non può essere applicata solo da *lege ferenda*, ma può essere applicata dai dati di legge, in quanto si è basata sulla teoria dell'imprevedibilità e sulle ipotesi della teoria dei rischi non espressamente regolate dal Codice civile.

8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ackerman, B. (1996). Law, Economics and the Problem of Legal Culture. *Duke Law Journal,* N° 6, pgs. 929-947.

Barcia, R. (2004). *Los Efectos de las Obligaciones desde la Perspectiva del Análisis Económico.* Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales: Santiago de Chile, pgs. 127 a 167.

Betti, E. (2000). *Teoría del negocio jurídico.* Granada: Comares, pp. 57 y 58.

Calabresi, J. (1994). Eficacia e inalienabilidad. *Cuadernos Doxa,* N° 15-16: Madrid, p. 972.

Calabresi, J. (1996). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. in *Harvard Law Review,* vol. 85, Nº 6, 1972, pp. 1.089-1.128.

Flume, W. (1998). *El Negocio Jurídico.* Madrid, España, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 582-586.

Fried, C. (1996). *La obligación contractual,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 45-61.

Galgano, F. (1996). *Atlas de Derecho Privado,* Comparado. Fundación Cultural del Notariado: Madrid, p. 181.

George, A. (1970). The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3., pgs. 488-500.

Gilmore, G. (1974). *The death of contract.*

Jolls, C. (1997). Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification. *Journal of Legal Studies*, p. 234.

Kahneman, D.; Knetsch, J.; THALER, R. (1991). The endowment effect, loss aversion, and status quo bias. *Journal of Economic Perspectives*, pp. 193-206.

Kirchner, C. (1991). The Difficult Reception of Law and Economics in Germany. *International Review of Law and Economics*, p. 292.

Larens, K. (1956). Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. *Revista de Derecho Privado.*

Larrarín, H. (2002). *Teoría general de las obligaciones*. Lexis Nexis, Cono Sur: Santiago, p. 234.

Luhmann, N. (1997). *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. ICE de la Universidad de Barcelona Pensamientos Contemporáneos,* Ediciones Paidós: Barcelona, p. 60.

Mazeaud, L; Mazeaud, J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, Parte Segunda, Vol. III, p. 6.

Mc, Chesney. (1999). Tortious Interference with Contract versus ‘Efficient’ Breach: Theory and Empirical Evidence. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, University of Chicago Press, pgs. 136-140.

Morales, A. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Editorial Thomson Civitas: Navarra, pgs. 34 y 35.

Nozick, R. (1990). *Anarquía, Estado y utopía,* México, Fondo de Cultura Económica.

Peñailollo, D. (2000). La Revisión Judicial de Obligaciones y Contratos en la Reforma del Código Civil. *Revista de Derecho*, Concepción: Chile, nº 208, p. 233.

Posner, R. (1992). *Economic Analysis of Law*. United State of America, Little, Brown and Company, pp. 180-182.

Posner, R. (1998). *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica: México, pp. 175-175.

Roviera, F. (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*. Editorial Civitas, S.A.: Madrid, p. 35.

Schafer, H.; Ott, C. (1986). *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Tecnos S.A.: Madrid, pp. 279-306.

Zweigert, H; Kotz, H. (2001). *Introducción al Derecho Comparado*. Oxford University Press: México, p. 550.

Recibido: 10/07/2019

Aprobado: 18/11/2019

Rodrigo Barcia Lehmann: Profesor principal de la Universidad Finis Terrae

Correo electrónico: rbarcia@uft.cl

RECENSIÓN

Reseña del Libro “Derecho Financiero y Derecho Tributario: ensayos en honor al profesor José Vicente Troya Jaramillo”

Book Review “Financial Law and Tax Law: essays in honor of Professor José Vicente Troya Jaramillo”

Mgr. Edwin Germánico Lara Benavides
Investigador jurídico independiente

Artículo Original (Recensión)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 439-449, ISSN 2588-0837

Recensión de Albán Zambonino, Marco, Derecho financiero y derecho tributario ensayos en honor del profesor José Vicente Troya Jaramillo, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2017, 608 pp. ISBN 978-9942-28-289-7

Review of Albán Zambonino, Marco, Derecho financiero y derecho tributario ensayos en honor del profesor José Vicente Troya Jaramillo, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2017, 608 pp. ISBN 978-9942-28-289-7

PALABRAS CLAVE: Garantías del contribuyente, recursos por omisión, actividad financiera del estado, principio de equivalencia, derecho presupuestario.

KEY WORDS: taxpayer guarantees, default resources, state financial activity, equivalence principle, budget law.

INTRODUCCIÓN

Las obras magistrales siempre deben ser enunciadas y dadas a conocer para que toda la comunidad pueda, con algunas referencias y reflexiones, acceder y aprovechar el conocimiento escondido en obras como la que voy a reseñar en el presente artículo.

Al ver la portada y una parte del título, me doy cuenta de que se tratan de ensayos en honor al profesor José Vicente Troya Jaramillo, me pregunté: ¿se tratarán solo de dedicatorias, o se tratará también de discursos y artículos inéditos de quienes lo admiraban? Pues bien, ahí está el detalle, la magna obra que ha sido escrita por discípulos, tanto coterráneos como extranjeros, debe ser difundida a toda la comunidad de Abogados en general donde, además de enterarse de la espectacular carrera del señor Doctor José Vicente Troya Jaramillo, orgullosamente ecuatoriano, y de lo admirado que ha sido y sigue siendo tanto en el Ecuador como en la comunidad de Tributaristas de todo el mundo podrán, adicionalmente, alimentar sus conocimientos con temas de altísimo interés y complemento para nuestra área.

1. GENERALIDADES DE LA OBRA

A continuación, comentaré para así, dejar abierta la puerta a profundizar temas interesantes alrededor del Derecho Tributario, Derecho Financiero, Derecho presupuestal, Derecho Financiero Constitucional, Derecho del Gasto Público, Derecho Constitucional Tributario entre otros. La obra mencionada contiene, básicamente, 4 secciones (distribuidas de distinta manera en el libro): primera parte que describe la semblanza del Dr. José Vicente Troya; un conjunto de artículos internacionales; un segundo conjunto de artículos nacionales; y un tercer conjunto de homenajes.

La semblanza es descrita por la autora Carmen Amalia Simone, quien colaboró directamente por 12 años con el Dr. Troya. Ella destaca el importante sentido de la vida del profesor, así como su enorme capacidad como profesional, maestro y precursor del Derecho Tributario en el Ecuador.

El Dr. José Vicente Troya es de origen Guarandeño, nacido el 15 de septiembre de 1933 y descendiente de Abogados, por lo que el derecho lo llevaba en la sangre. Fue Quito su ciudad de residencia donde creció y formó su familia llegando hasta tener tres bisnietos.

Sus estudios los realizó en el colegio San Gabriel, para luego cursar estudios universitarios en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador mostrando, desde ahí, su dedicación al graduarse con honores de Licenciado en Ciencias Sociales, Abogado y Doctor en Jurisprudencia.

Dentro del recorrido por esta magnífica descripción la autora, detalladamente, describe detalladamente las varias funciones y cargos que ha tenido a lo largo de su vida profesional y los honores y reconocimientos internacionales; así como sus logros académicos y estudios de postgrado para concluir con, broche de oro, el amplio repertorio de obras y artículos que el profesor Dr. José Vicente Troya Jaramillo dejó como legado para, incluso luego de su penosa partida un año atrás, seguir compartiendo conocimientos al haber dejado artículos sin publicar, dos de ellos presentes en la obra en su memoria.

Dentro de las obras que deja el profesor Dr. José Vicente Troya Jaramillo, se destacan dos artículos inéditos:

Garantías del Contribuyente ante la Administración Tributaria, producto de una ponencia a la cual fue invitado para las XXVI jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, realizadas en el mes de septiembre del mismo año en Compostela – España. El desarrollo de la ponencia fue autorizado por la familia para que sea parte del libro ahora reseñado, cuyo prólogo y análisis lo desarrolla el Dr Marco Albán Zambonino. En dicho ensayo, usted, estimado lector, podrá encontrar que el camino para que el contribuyente pueda hacer valer sus derechos está completamente marcado siempre y cuando tengamos el conocimiento o el abogado que sepa hacer valer nuestros derechos, pues es importante mencionar que, además de las instancias nacionales, el contribuyente puede ir a instancias internacionales como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, incluso en varias sentencias en materia tributaria, ha intervenido basado en las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, como son: la Decisión 40, expedida el 28 de enero de 1975; la Decisión 578 del 4 de mayo del 2004; la Decisión 292, emitida por la Comisión del acuerdo de Cartagena de 21 de marzo de 1991, entre otras.

Los recursos, actuaciones y acciones que los contribuyentes pueden proponer ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son:

a) La interpretación prejudicial, dentro de algunas causas mencionadas por el Dr. Albán están: 188-IP-2005; 190-IP-2006; 93-IP-2008;124-IP-2010; 125-IP-2010; IP-37-2011; 63-IP-2011.

"Los casos precedentes son demostrativos de cómo los contribuyentes personas naturales o jurídicas, gracias a las interpretaciones emitidas por el T.J.C.A., puede hacer valer sus derechos ante las adminis-

traciones tributarias, constituyéndose este instrumento en garantía de los contribuyentes".

b) La acción por incumplimiento, destinada a demostrar el incumplimiento de los países miembros de los compromisos comunitarios y de la normativa comunitaria según el artículo 4 del tratado de creación de la T.J.C.A., "los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Además, se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que algún modo obstaculicen su aplicación". (Albán, 2017) Dentro de algunas acciones de incumplimiento en materia tributaria presentadas al T.J.C.A., tenemos 53-AI-2000.

c) La acción de nulidad, los contribuyentes afectados pueden presentar recursos de nulidad, pero, obviamente, estas acciones pueden ser incoadas por los Países Miembros, el Consejo Andino de Ministros Relaciones Exteriores, La Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General. Dentro de las causas presentadas hasta la fecha de la ponencia están: proceso 79-AN-2000; 2-AN-2007.

d) Recursos por Omisión, este recurso, que no registra casos que se haya ejercido esta situación a la fecha de la ponencia, puede ejecutarse por los contribuyentes cuando se compruebe que las decisiones de la CAN afectan los derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Según las resoluciones de la Secretaría General, de forma alternativa, podemos presentar recursos y acciones ante la Secretaría General de la CAN y, lógicamente, en forma concomitante se podrán ver cumplidos nuestros derechos y garantías. El Dr. Marco Albán menciona algunos casos relevantes como: Resolución 760 de la Secretaría General del 29 de agosto de 2003; Resolución 898 de la Secretaria General del 4 de febrero de 2005; Resolución 1039 de la Secretaría General del 21 de julio de 2006; Resolución 1254 de la Secretaría General de 12 de agosto de 2009.

Para conocimiento más amplio sobre los casos planteados, el lector puede recurrir a la obra en honor al profesor Dr. José Vicente Troya Jaramillo, en donde, claramente, nos abre el horizonte de las garantías del contribuyente incluso en instancias internacionales.

Es importante, también, destacar que dentro de este aspecto el lector puede investigar a fondo varios principios que garantizan los derechos del contribuyente, entre ellos, el principio de supranacionalidad.

El segundo artículo inédito del profesor Dr. José Vicente Troya a destacar, La actividad financiera del Estado y las ciencias que tratan de ella, cuyo prólogo cuenta con la pluma de la Dra. Eddy De La Guerra Zúñiga, fue escrito en 1990 y, debido a su trascendencia, ha sido editado por el profesor en varias ocasiones. Su última versión se encuentra en las páginas del libro en honor al profesor Dr. José Vicente Troya. En este ensayo tenemos subtemas como el tratar de describir la actividad financiera pública y su diferencia con la actividad económica, considerando la posición de varios autores y expertos en la materia, así como Giannini, Banacloche, Jiménez, Amorós, Martín, Villegas, entre otros. Considerando también aspectos como describir la naturaleza de la actividad financiera, consensuando, según varios autores, que la actividad financiera tiene relación con aspectos económico, políticos, sociológicos y que no soluciona los problemas de las necesidades de la política. Es decir, es un conjunto de ramas que, en ciertos casos, están dentro de toda una madeja de conceptos, pero que es importante desmenuzarla para entender las bases de diferentes criterios. Para el lector y Abogado Tributarista es importante tener la concepción y el conocimiento de estos términos, que no solo atañen a los economistas, ni financieros, ni sociólogos, ni politólogos ya que en todo estará presente el Derecho con diferentes ámbitos de aplicación.

Así, también, se hace una amplia explicación de los conceptos de ciencias que regulan, desde diferentes puntos de vista, a la actividad financiera, citando desde autores de principios de finanzas hasta los más completos conceptos y definiciones, haciendo alusión a autores como Grizzioti, entre los principales. Pero de toda la amplia investigación del profesor Dr. José Vicente Troya, los términos más recurrentes que se encuentran alrededor de la Actividad Financiera son: Ciencia de la Hacienda, Ciencia Fiscal, Ciencia de las Finanzas Públicas, Finanzas Públicas, Economía Financiera, Política Financiera, Derecho Financiero, Derecho Fiscal, Derecho Tributario, Derecho Impositivo, Técnica Impositiva, Administración Fiscal, Administración Financiera, Derecho Presupuestario, Legislación Fiscal. Dentro de esta cantidad de términos es importante señalar que existen semejanzas y relaciones entre uno y otro, por lo tanto, el profesor en su artículo escoge, de manera acertada, las que considera aclaran el panorama: a) La Ciencia de las Finanzas Públicas, la Economía Financiera, la Política

Financiera; b) el Derecho Financiero; c) El Derecho Tributario; y d) La técnica impositiva. Todas estas descritas y comparadas con diferentes autores y ampliamente explicadas para que el lector pueda ampliar y profundizar sus conocimientos, aclarando conceptos relacionados con la actividad financiera, sobre todo en lo que concierne a lo que comúnmente se denomina *La Ccosa Pública*.

Adicionalmente, la obra tiene un acápite de artículos internacionales escritos por discípulos del profesor Dr. José Vicente Troya Jaramillo, lo que genera una ansiedad abrumadora sobre la investigación dentro de la rama del Derecho y más aún a quienes nos priva el Derecho Tributario, sabiendo que hay un camino recorrido y que los límites no existen, pues en palabras de la misma Dra. Eddy De La Guerra, el agregado de las finanzas públicas al derecho tributario es un común denominador en ciertos profesionales del derecho y más a los apegados al tributario.

A continuación, mencionaré, de manera rápida, los artículos para que ustedes, los lectores, puedan acercarse a la obra y evaluar la importancia del libro en honor al profesor Dr. José Vicente Troya Jaramillo.

El principio de equivalencia. - Rubén O. Asorey, jurista reconocido a nivel nacional, se siente muy complacido de escribir unas pocas letras en homenaje al incólume José Vicente Troya Jaramillo. En el contexto del principio de equivalencia, hace un magnifico análisis sobre lo que significa este principio entre lo que el estado recauda como tributo y el servicio que presta al usuario(llámese ciudadano), es decir, el valor que se paga por un tributo, tasa o contribución, debe tener su correlación con el servicio recibido, considerando incluso varios otros principios como son el de solidaridad y capacidad contributiva, ya que los que más pagan deben cubrir parte de los que menos pagan, terminando incluso en un análisis de la carga probatoria para el estado en el aspecto de la equivalencia, pues al impugnar una deuda dentro del principio de equivalencia, no le queda más a la administración poder demostrar que el servicio se ha prestado.

Los principios de equilibrio y anualidad en materia presupuestaria, escrito por José Osvaldo Casás, argentino galardonado por sus espectaculares obras, en donde se pone de manifiesto la importancia del equilibrio dentro del contexto del presupuesto general de los estados, considerando al equilibrio como la equidad entre los ingresos y los gastos, haciendo notar que existe un déficit, así como un superávit.

Explica de manera clara la importancia de la actividad del estado dentro de la economía de los países. Este puede ser desde un estado austero, que simplemente tiene pocos tributos que recaudar para cubrir la poca actividad de austeridad que se maneja, así como también puede ser un estado grande con alta demanda de recursos económicos, mismos de los cuales una parte son los tributos, es decir, a más gastos, más tributos. Adicionalmente, se explica de manera clara la intensa lucha de los gobiernos por tratar de tener dicho equilibrio, pues esta temática, unida a la economía y a las finanzas públicas, se vuelve un tema amplio y complejo. Sin embargo, en la obra en honor al profesor Dr. José Vicente Troya, el lector encontrará una amplia explicación sobre el equilibrio. Así, también, al hablar de la anualidad, esta tiene que ver con la periodicidad que se plantean los presupuestos estatales, haciendo una descripción clara, precisa y amplia con una espectacular comparación de autores, conceptos y aplicaciones que, en algunos casos, han llegado a ser plurianuales, todo esto con el único afán de que el conocimiento sea distribuido a todo el que lo quiera tener. El equilibrio y la periodicidad son una problemática a nivel mundial, pues no siempre es fácil establecer anualmente un presupuesto que, adicionalmente, esté acompañado de legislación que autorice su ejecución; así mismo, dentro de las citas, podrá usted conocer que, incluso, la legislación ha alcanzado hasta la regulación del endeudamiento de países, como se toma el caso argentino en el fascinante artículo del Dr. José Osvaldo Casás.

Nuevos Horizontes Constitucionales del Derecho Presupuestario en el Mundo Global, escrito por Horacio Corti, se hace una amplia explicación de la obra del profesor Dr. José Vicente Troya Jaramillo, "El derecho del gasto público, Especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales". Habiendo recibido la magistral obra con dedicatoria, y sintiendo que son parte de una escuela latinoamericana de derecho financiero y presupuestario, el autor rinde homenaje a su compañero de investigaciones, pues dentro del artículo hace referencia y explicación a lo que tiene que ver con el presupuesto y la relación directa con la constitución, pues el presupuesto es tan antiguo como el estado y requiere, de alguna manera, tener su base legal en la constitución, así como una legislación del control del gasto y de la deuda. También se habla de una Constitución Financiera, haciendo una amplia explicación histórica del Derecho Presupuestario y su relación con la base misma de la Constitución, por lo que busca justificar que la Constitución debería contener los parámetros para la legislación del presupuesto. Así mismo, el autor hace un recorrido por legislaciones

de varios países, haciéndonos conocer, de manera expedita, lo que los libros y autores cuentan.

El Derecho Aduanero y su relación con el Derecho Tributario. - Germán Pardo Carrero, allegado cercano del profesor Dr. José Vicente Troya, que en su artículo destaca la importancia de analizar en qué lugar se encuentra hoy en día el Derecho Aduanero, que siempre fue parte del Derecho Tributario. Busca enmarcar dentro de este ensayo la diferencia amplia entre las dos ramas del derecho, ya que el Derecho Tributario se dedica al estudio de los tributos clasificados como tales en impuestos, tasas y contribuciones, mientras que el Derecho Aduanero ha ido tomando amplia independencia al dedicarse al comercio exterior y el debido control del mismo. Considerando que la globalización es un hecho que no tiene retorno y que ahora la importancia es el control de las fronteras frente al creciente contrabando y los convenios y tratados entre los países. Finalmente, cabe destacar que existe una plena relación entre ambos derechos que es estricta y estrechamente dada por los tributos.

Dentro de la IV sección se han hecho presentes varios de sus discípulos ecuatorianos, realizando artículos de interesante temática. Resulta menester, al menos, poner en consideración los nombres de tan destacados profesionales

Ensayos, reflexiones y reseñas sobre los escritos del Dr José Vicente Troya, son obras de muchos autores afines, estudiantes y varias personalidades del Ecuador que se pueden descubrir en el libro en su homenaje. Estos textos refieren a temas importantes como la consulta tributaria en el Ecuador, La argumentación y fundamentación jurídica, derecho constitucional, finanzas públicas, la Plusvalía, los Principios Constitucionales y Tributarios, entre otros. Dichos temas son los acápites de esta obra.

Creo que los editores se esforzaron al crear, con tanta amplitud, una obra que, si bien no es la total de los temas tributarios, al menos topa los principales de uso diario para los ecuatorianos.

La Tributación de los Gobiernos Locales. En este cóctel de temáticas que componen el interesante mundo del Derecho Tributario, no podía faltar la presencia del Dr. José Suing, quien se ha destacado por su especialidad sobre el Derecho Tributario Municipal. Siendo un gran referente, explica en su ensayo una síntesis bastante acertada a los

Gobiernos Autónomos Descentralizados y su participación como sujetos pasivos. En este ensayo resulta importante destacar la labor del Dr. Suing, ya que pone en conocimiento del lector la participación del Dr. José Vicente Troya en la Constitución del 98, para que se considere a los gobiernos locales en el cuerpo normativo y de esta manera se aplique y enuncie el principio de Reserva de Ley.

La Casación Tributaria en el Ecuador, abordado por la Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, connotada Tributarista del Ecuador, alude a todo un repertorio histórico del Recurso de casación respecto de una ponencia realizada por el Dr. José Vicente Troya en el año 2013, en el seminario "Casación y Argumentación Jurídica en Materia Tributaria", realizado en las instalaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar. En aquella ocasión, como en todas, el profesor Dr. José Vicente había realizado una ponencia de altísima calidad sobre la casación, lo que motivó a la Dra. Tatiana Pérez a estructurar este tema dentro del merecido homenaje al distinguido profesor, introducirse en tan apasionante tema y encontrar los recovecos más importantes de este recurso es lo que, sin duda, consigue la autora del artículo dentro de los párrafos desarrollados.

Invito a usted, estimada y estimado colega, para que se involucre en esta magnífica obra que se ha creado con un esfuerzo del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario en homenaje al Dr. José Vicente Troya, no se arrepentirá.

2. CONCLUSIONES

Es importante conocer que tenemos diferentes instancias para que prevalezcan los derechos de nosotros como contribuyentes, así como saber también que podemos ser asesores o abogados que hagamos prevalecer los derechos de nuestros clientes en instancias internacionales. El Derecho Tributario es independiente, no hay ninguna duda de ello, sin embargo, es necesario incluir ciertos conceptos y términos que, si bien pueden ser para nosotros similares, los estudiosos han aclarado en varias obras el significado y el alcance de toda esta terminología explicada en el artículo del Dr. José Vicente Troya.

Dentro de los principios de equivalencia mencionados, es importante destacar que, en especial, dentro de lo que es contribución especial de mejoras o prestación de servicios o precio servicio público, se

puede impugnar el pago o la deuda donde la carga de la prueba será para el sujeto activo. Una grave problemática de los países es llegar al perfecto equilibrio de la economía, considerando sus ciclos productivos y de recesión. Hasta ahora al hombre se le ha hecho muy difícil este manejo y basta con ver algunos resultados como la pobreza en el mundo y el abuso de los gobiernos de los fondos públicos de diferente forma; por lo que hablar de equidad y anualidad (por la periodicidad) es importante para los Abogados, quienes también deben incrementar estos conocimientos.

El presupuesto, las finanzas, la actividad financiera, la economía, la política, los ingresos y gastos corrientes, todo un mundo de información que para seguir profundizando las fuentes del Derecho Tributario podemos investigar e ir desarrollando conocimientos. Una fascinante comprensión sobre las diferencias y campos de aplicación del Derecho Tributario y el Derecho Aduanero es la que en esta obra se ha plasmado, es importante ir definiendo todo lo que no es y lo que se relaciona las ramas del Derecho enunciado. Para usted, señor lector, será de mucho interés insertarse en el mundo del Derecho Aduanero como rama independiente y su relación directa con el Derecho Tributario.

Tanto en el ámbito local como internacional, es indiscutible el importante aporte que el Dr. José Vicente Troya ha realizado para la rama del Derecho Tributario. Este merecido homenaje nos deja ver que estaba rodeado de profesionales de altísimo nivel y que sembró, en muchos de sus alumnos y colaboradores, esa cápsula que lleva a contagiar del ansia del saber que hoy, magníficamente, han plasmado sus allegados, colaboradores, alumnos y más. Todos con sentidas palabras de cariño, respeto y admiración hacia el homenajeado.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albán M. (2017). *Derecho Financiero y Derecho Tributario: ensayos en honor al profesor José Vicente Troya Jaramillo*, Quito: IEDT.

Jarach, D. (1957). *Curso Superior de derecho tributario*, 2da. Edición. T.I. Buenos Aires: Liceo Cima.

Troya, J. V. (2014). *El derecho del Gasto público. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá: Temis.

Recibido: 26/07/2019

Aprobado: 17/11/2019

Edwin Germánico Lara: Investigador jurídico independiente

Correo electrónico: edwin_lara_b@hotmail.com

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837